

## Editorial

Herausgeber:  
Detlef Burhoff  
Rechtsanwalt, Richter am OLG a.D., Münster/Augsburg



Liebe Kolleginnen und Kollegen,

liebe Leserinnen und Leser,

wir übersenden heute die Mai-Ausgabe 2019, zu der ich Folgendes anmerke:

Im Praxisforum nimmt Hansens eingehend zur (neuen) Hinweispflicht des Pflichtverteidigers vor Abschluss einer Vergütungsvereinbarung Stellung. Entgegen unseren sonstigen Gepflogenheiten beschränken wir uns in dieser Auflage nicht auf einen Forumsbeitrag: Laudon prophezeit in seiner zutreffend kritischen Anmerkung zum Referentenentwurf zum Sicherheitsgesetz 2.0 das Ende des Schweigerechts. Man kann nur hoffen, dass das Gesetz nicht so in Kraft tritt, wie es der Entwurf vorsieht.

Im verfahrensrechtlichen Teil stellen wir dann u.a. die BGH-Entscheidung zur Ablehnung eines im Auftrag der Polizei im Ermittlungsverfahren tätigen Übersetzers vor. Zudem hat der BGH noch einmal zur Erforderlichkeit des erneuten letzten Wortes des Angeklagten nach einem Wiedereintritt in die Hauptverhandlung Stellung genommen.

Aus dem materiellen Teil weisen wir hin auf die Entscheidung des BGH zum schweren Parteiverrat und auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf zur Anwendung der Neufassung des § 44 StGB in Altfällen.

Abgerundet wird unsere Berichterstattung mit dem KG-Beschluss zur Frage des Anfalls der zusätzlichen Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG in den Fällen, in denen der Rechtsanwalt zunächst nach altem Recht im Hinblick auf die sog. Rückgewinnungshilfe tätig geworden ist.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

## Inhalt

### Editorial

**StRR-Kompakt** ..... 2

### Praxisforum

Hinweispflicht des Pflichtverteidigers vor Abschluss einer Vergütungsvereinbarung ..... 5

Das Ende des Schweigerechts? 10

### Rechtsprechungsreport

#### Verfahrensrecht

Ablehnung eines im Auftrag der Polizei im Ermittlungsverfahren tätigen Übersetzers ..... 13

Wiedereintritt in die Hauptverhandlung und letztes Wort des Angeklagten ..... 14

Verwendung von Erkenntnissen aus einer längerfristigen Observation ..... 16

#### StGB/Nebengebiete

Bewährungswiderruf; neue Straftat; Pflichtverteidiger im Vollstreckungsverfahren ..... 18

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ..... 20

Schwerer Parteiverrat nur bei Schädigungsabsicht ..... 21

Zur Neufassung des Fahrverbots in § 44 StGB ..... 22

#### Ordnungswidrigkeitenrecht

Durchsuchung im Bußgeldverfahren ..... 25

#### Anwaltsvergütung

Anfall der zusätzlichen Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG nach neuem Vermögensabschöpfungsrecht ..... 27



### Durchsuchung: nächtlicher Bereitschaftsdienst

Aus Art. 13 GG ergibt sich die Verpflichtung der staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass die effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehaltes gewährleistet ist. Damit korrespondiert die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes, zu sichern. Zu den Anforderungen an einen dem Gebot der praktischen Wirksamkeit des Richtervorbehalts entsprechenden richterlichen Bereitschaftsdienst gehört die uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage, auch außerhalb der üblichen Dienststunden. Die Tageszeit umfasst dabei ganzjährig die Zeit zwischen 6 Uhr und 21 Uhr. Während der Nachtzeit ist ein ermittelungsrichterlicher Bereitschaftsdienst jedenfalls bei einem Bedarf einzurichten, der über den Ausnahmefall hinausgeht. Ob und inwieweit ein über den Ausnahmefall hinausgehender Bedarf an nächtlichen Durchsuchungsanordnungen die Einrichtung eines ermittelungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes zur Nachtzeit erfordert, haben die Gerichtspräsidien nach pflichtgemäßem Ermessen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Für die Art und Weise der Bedarfsermittlung steht ihnen ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.

BVerfG, Beschl. v. 12.3.2019 – 2 BvR 675/14

### Beschleunigungsgebot: Verlängerungen der Stellungnahmefrist nach § 201 StPO

Wird auf Antrag der Verteidigung die Stellungnahmefrist nach § 201 Abs. 1 StPO mehrfach verlängert, sind die dadurch bedingten Verfahrensverzögerungen sachlich gerechtfertigt und begründen keinen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot in Haftsachen.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.2.2019 – 2 Ws 28/19

### Pflichtverteidiger: Auswahl und Beschleunigungsgebot

Ein Angeklagter hat keinen allgemeinen Anspruch auf Beiordnung eines gewünschten Anwalts. Ein von einem Angeklagten gewünschter Verteidiger kann jedoch nur dann nicht als Pflichtverteidiger bestellt werden, wenn ein wichtiger Grund entgegensteht. Ein derartiger Grund kann das Beschleunigungsgebot sein, das grundsätzlich bei allen Verfahren gilt. Bei Haftsachen ist es jedoch von erheblich stärkerer Bedeutung.

LG Dessau-Roßlau, Beschl. v. 7.3.2019 – 6 Qs 36/19

### Pflichtverteidiger: mangelnde Kenntnisse der deutschen Sprache

Eine Unfähigkeit zur Selbstverteidigung i.S.v. § 140 Abs. 2 StPO, welche die Bestellung eines Pflichtverteidigers gebietet, ist bei einem Sprachunkundigen auch dann nicht regelmäßig anzunehmen, wenn er einem fremden Kulturkreis entstammt und mit dem deutschen Rechtssystem nicht vertraut ist. Vielmehr müssen weitere die Verteidigungsfähigkeit einschränkende Aspekte hinzutreten.

LG Heilbronn, Beschl. v. 21.1.2019 – 8 Qs 2/19

### Pflichtverteidiger: Polizeizeugen

Die Hinzuziehung eines Dolmetschers zur Hauptverhandlung genügt als Ausgleich von Defiziten eines Angeklagten jedenfalls nicht, wenn mehrere (Polizei-)Zeugen vernommen werden sollen, widersprüchliche Aussagen zu erwarten sind und es

Verfassungsrecht

Ermittlungsverfahren

## StRR-Kompakt

---

daher auch auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen ankommt. In den Fällen kann der Angeklagte auch mit Hilfe eines Dolmetschers nicht die Zeugenaussagen kritisch hinterfragen und etwaige Widersprüche aufzeigen.

LG Dortmund, Beschl. v. 21.3.2019 – 35 Qs 9/19

### Einziehung: Nachholung der Entscheidung

Nach Rechtskraft der Verurteilung des Angeklagten kann eine „vergessene“ Einziehungsentscheidung, z.B. betreffend Gewinne aus Drogenverkäufen, nicht nachgeholt werden (§§ 73 ff. StGB; §§ 422, 423, 435 StPO).

AG Dortmund, Beschl. v. 22.2.2019 – 767 Ls-800 Js 380/18-66/18

### Verfahrensrüge: Versäumung der Urteilsfrist

Vom Angeklagten kann im Rahmen der sich aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ergebenden Begründungspflicht nicht verlangt werden, Tatsachen anzugeben, die ihm nicht allgemein oder als Verfahrensbeteiligtem zugänglich sind. Deshalb muss bei der Verfahrensrüge der Versäumung der Urteilsfrist (§ 275 StPO) grundsätzlich nicht vorgetragen werden, zu welchem Zeitpunkt das von allen Richtern unterschriebene Urteil auf den Weg zur Geschäftsstelle und damit zu den Akten gebracht wurde. Dabei handelt es sich nämlich um einen Umstand, der den Verfahrensakten nicht zu entnehmen ist.

BGH, Beschl. v. 22.1.2019 – 2 StR 413/18

### Besonderes persönliches Merkmal: steuerliche Erklärungspflicht

Die steuerrechtliche Erklärungspflicht ist ein besonderes persönliches Merkmal bei einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen.

BGH, Urt. v. 23.10.2018 – 1 StR 454/17

### Hehlerei: einvernehmliches Handeln

Das zur Erfüllung des Tatbestands der Hehlerei (§ 259 StGB) erforderliche einvernehmliche Handeln zwischen Vortäter und Hehler liegt auch in Fällen vor, in denen das Einverständnis des Vortäters auf einer Täuschung beruht.

BGH, Urt. v. 10.10.2018 – 2 StR 564/17

### Elektronisches Gerät: Laptop im Straßenverkehr

Das Aufnehmen eines Laptops durch den Betroffenen auf seinen Schoß zu einem Zeitpunkt, zu dem nicht ausschließbar der Motor des Fahrzeuges an der Lichtzeichenanlage manuell ausgeschaltet ist, begründet kein (fortgesetztes) Aufnehmen des Geräts gemäß § 23 Abs. 1a Nr. 1 StVO im Zeitpunkt des Losfahrens, wenn der Betroffene den Laptop beim Anfahren nicht in den Händen hält, sondern sich dieser auf seinem Schoß eingeklemmt zwischen Oberschenkel und Lenkrad befindet. Beim Anfahren an einer Lichtzeichenanlage unter weiterem „Tippen“ auf der Tastatur des Laptops scheidet eine noch erträgliche kurze Blickabwendung nach Maßgabe des § 23 Abs. 1a Nr. 2 StVO schon ihrer Natur nach aus; die festgestellte Benutzung erfordert jedenfalls mehr als einen nur kurzen Blickkontakt.

OLG Köln, Beschl. v. 14.2.2019 – 1 RBs 45/19

Hauptverhandlung

Rechtsmittelverfahren

StGB – Allgemeiner Teil

StGB – Besonderer Teil

Ordnungswidrigkeiten

### **Bußgeldbescheid: ausreichende Konkretisierung der Tat**

Bei dem Vorwurf des Verstoßes gegen den zu zahlenden Mindestlohn bei mehreren Arbeitnehmern über einen längeren Zeitraum hinweg bedarf es zur Tatkonkretisierung im Bußgeldbescheid einer konkreten Darstellung der einzelnen Arbeitnehmer und der einzelnen Unterschreitungen (Angabe von Namen, gezahltem bzw. zu wenig gezahltem Lohn und den entsprechenden Zeiträumen). All dies muss Teil des Bußgeldbescheides selbst sein – eine Aufnahme in einer dem Bußgeldbescheid beigefügten Anlage reicht nicht aus (§§ 8 Abs. 1, 23 AEntG; § 206a StPO; § 46 OWiG).

AG Dortmund, Beschl. v. 18.2.2019 – 729 OWi-257 Js 149/19-34/19

### **Zusätzliche Verfahrensgebühr: neues Vermögensabschöpfungsrecht**

Die Verfahrensgebühr gem. Nr. 4142 VV RVG entsteht auch dann, wenn der vor dem 1.7.2017 mit der Verteidigung beauftragte oder zum Pflichtverteidiger bestellte Rechtsanwalt zunächst nur Tätigkeiten zu entfalten hatte, die sich gegen vermögenssichernde Maßnahmen im Rahmen einer Rückgewinnungshilfe nach altem Recht (§§ 73 Abs. 1 Satz 2, 73a, 73b StGB a.F.) richteten.

KG, Beschl. v. 6.3.2019 – 1 Ws 31/18

### **Pauschgebühr: Hemmung der Verjährung durch Antrag auf Festsetzung**

Die Verjährung eines Antrags auf Festsetzung einer Pauschgebühr (§ 51 RVG) wird durch den Eingang des Antrags bei einem unzuständigen Gericht nicht gehemmt. Die Hemmung tritt allein durch die Antragstellung bei dem gemäß § 51 Abs. 2 Satz 1 RVG zur Entscheidung berufenen OLG ein.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 11.4.2019 – 1 ARs 5/19,

### **Gegenstandswert: mehrere Adhäsionskläger**

Wenn ein beigeordneter Rechtsanwalt den Angeklagten gegen die Adhäsionsklagen mehrerer Geschädigter in einem Strafverfahren vertritt, sind für die Vergütung des Rechtsanwalts die Gegenstandswerte der Adhäsionsklagen zusammenzurechnen, weil die Adhäsionsverfahren eine gebührenrechtliche Angelegenheit im Sinne von § 22 Abs. 1 RVG bilden.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.3.2019 – 1 Ws 360/18

### **Strafvollstreckung: Einzeltätigkeit**

Vertritt ein Rechtsanwalt einen unter Führungsaufsicht stehenden Mandanten durchgängig hinsichtlich dessen Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung und zur polizeilichen Beobachtung, handelt es sich gebührenrechtlich um ein umfassendes Mandat und nicht um eine Einzeltätigkeit. Eine Auslagenfestsetzung setzt bei Rahmengebühren voraus, dass der Rechtsanwalt sein Ermessen nach § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG ausübt; ist die in Betracht kommende Gebühr streitig, hat dies hilfsweise zu geschehen.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.3.2019 – 2 Ws 63/19

Anwaltsvergütung

### Längenzuschlag: Wartezeit

Die Wartezeit des Pflichtverteidigers während der Urteilsberatung ist bei der Berechnung der für den Längenzuschlag maßgeblichen Zeit zu berücksichtigen.

LG Landshut, Beschl. v. 2.4.2019 – 1 KLS 301 Js 29971/18

### Pflichtverteidiger: Vorschussanrechnung

Der Pflichtverteidiger muss auch Vorschüsse angeben, für die ausdrücklich oder stillschweigend eine Rückzahlung vereinbart ist. Jedenfalls dann, wenn eine Rückzahlung eines Vorschusses oder einer „Sicherheitsleistung“ vor Bewilligung einer beantragten Prozesskostenhilfe bzw. vor Abrechnung einer Pflichtverteidigervergütung erfolgt, hat eine Kürzung des Pflichtverteidigerhonorars zu unterbleiben.

LG Deggendorf, Beschl. v. 13.3.2019 – 1 KLS 4 Js 5712/17

## Praxisforum

---

### Hinweispflicht des Pflichtverteidigers vor Abschluss einer Vergütungsvereinbarung

VRiLG a.D. Heinz Hansens, Berlin

Ein zum Pflichtverteidiger bestellter Anwalt muss vor Abschluss einer Vergütungsvereinbarung dem Beschuldigten einen eindeutigen Hinweis erteilen, dass er auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung zu weiterer Verteidigung verpflichtet ist, so der BGH im Ur. v. 13.12.2018 – IX ZR 216/17. Wir stellen Ihnen dieses und die Folgerungen für die Praxis vor.

#### I. Sachverhalt

Gegen den Kläger, der als Erzieher in einer Kindertagesstätte tätig war, hatte die Staatsanwaltschaft (StA) Essen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragte der Kläger den Rechtsvorgänger der Beklagten, RA X. Dieser vertrat den Kläger im Ermittlungsverfahren und verteidigte ihn auch in dem nach Anklageerhebung vor dem LG Essen geführten Strafverfahren. Das LG Essen hat RA X dem Kläger am 27.6.2013 als Pflichtverteidiger bestellt.

Für seine in dem Ermittlungsverfahren entfaltete Tätigkeit rechnete RA X gegenüber dem Kläger eine Vergütung in Höhe von 4.165 EUR ab, die gezahlt wurde. Am 4.7.2013 schloss der Kläger mit RA X mit Blick auf das laufende Strafverfahren eine Honorarvereinbarung ab, mit der „bezogen auf die Tätigkeit des Verteidigers im gesamten Ermittlungsverfahren sowie der kompletten I. Instanz“ ein Gesamthonorar von 12.500 EUR vereinbart wurde. In Ziff. II dieser Vereinbarung war der Hinweis enthalten, dass die Staatskasse im Falle der Kostenerstattung regelmäßig nicht mehr als die gesetzliche Vergütung erstatten müsse und dass die vereinbarte Vergütung deutlich höher sei. Einen Hinweis darauf, dass der RA als bestellter Pflichtverteidiger den Kläger auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung weiter zu verteidigen habe, enthielt die Vereinbarung nicht. Dies war dem Kläger auch nicht bekannt. Der Kläger zahlte das vereinbarte Honorar an RA X vollständig.

Mit seiner vor dem LG Essen erhobenen Klage hat der Kläger RA X auf Erstattung des an diesen gezahlten Honorars in Anspruch genommen, soweit es die nach den Vorschriften des RVG geschuldete Vergütung überschreitet. Diese Vergütung hat der Kläger für das Ermittlungsverfahren mit 678,30 EUR und für das Strafverfahren mit

1.463,70 EUR berechnet. Das LG Essen hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG Hamm die Klage hinsichtlich der am 4.7.2013 für die Verteidigung im Strafverfahren vereinbarten Vergütung abgewiesen. Die zulässige Revision des Klägers hatte beim BGH Erfolg.

### II. Entscheidungsgründe des BGH

Der BGH ist zunächst davon ausgegangen, dass die zwischen dem Kläger und RA X am 4.7.2013 und damit nach Bestellung des RA als Pflichtverteidiger geschlossene Honorarvereinbarung wirksam ist.

Zunächst hat der BGH auf seine Rechtsprechung verwiesen, wonach der gerichtlich zum Verteidiger bestellte RA nicht gehindert ist, eine Honorarvereinbarung zu treffen (BGH AnwBl 1980, 465). Dem stehe die Vorschrift des § 3a Abs. 3 RVG, wonach Vereinbarungen mit dem im Wege der PKH beigeordneten RA nichtig sind, schon ihrem Wortlaut nach nicht entgegen. Im Unterschied zur PKH sei die Beordnung eines Pflichtverteidigers gem. § 140 StPO nicht von den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten abhängig. Ferner unterscheide sich der Pflichtverteidiger von einem im Wege der PKH beigeordneten RA auch insofern, als er unter den Voraussetzungen des § 52 Abs. 2 Satz 1 RVG die Gebühren eines Wahlverteidigers verlangen könne. Die Durchsetzung des mit dem Pflichtverteidiger vertraglich vereinbarten Honorars sei allerdings nicht von der vorherigen Feststellung der Leistungsfähigkeit des Beschuldigten abhängig (BGH AnwBl 1983, 219).

Die Honorarvereinbarung vom 4.7.2013 ist nach den weiteren Ausführungen des BGH auch nicht gem. § 138 BGB nichtig. Dem stehe nicht entgegen, dass die Vereinbarung keinen Hinweis enthalte, dass der zum Pflichtverteidiger bestellte RA den Mandanten auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung weiter zu verteidigen habe. § 3a Abs. 2 Satz 3 RVG regelt eine Hinweispflicht nur dahin, dass der Mandant eine höhere als die gesetzliche Vergütung grundsätzlich selbst zu tragen habe.

Demgegenüber sehe das Gesetz eine weitergehende Hinweispflicht nicht vor. Eine Sittenwidrigkeit der Honorarvereinbarung ergibt sich nach den weiteren Ausführungen des BGH auch nicht daraus, dass der Kläger nicht darüber informiert gewesen ist, dass der zum Pflichtverteidiger bestellte RA auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung zu einer weiteren Verteidigung verpflichtet gewesen sei.

Allerdings hatte der III. ZS des BGH in seinem Urt. v. 3.5.1979 (AnwBl 1980, 465) die Auffassung vertreten, Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung zwischen einem Pflichtverteidiger und dem Beschuldigten sei eine Freiwilligkeit des Vertragsschlusses. Diese setze unter anderem eine Kenntnis des Mandanten davon voraus, dass der Pflichtverteidiger seine Vergütung von der Staatskasse erhalte und er zur Führung der Verteidigung kraft Gesetzes auch ohne Vergütung des Beschuldigten verpflichtet sei. An dieser Auffassung hält der nunmehr für Rechtsstreitigkeiten über Auftragsverhältnisse betreffend Ansprüche von Rechtsanwälten und gegen diese zuständige IX. ZS des BGH nicht fest. Das Bedürfnis für ein solches Wirksamkeitserfordernis sei nämlich durch die Neuregelung der §§ 3 ff. RVG entfallen.

Der BGH hat auch die Auffassung der Vorinstanz geteilt, der Abschluss der Honorarvereinbarung vom 4.7.2013 sei nicht gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig. Ob die fehlende Kenntnis des Klägers davon, dass der zum Pflichtverteidiger bestellte RA auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung zu weiterer Verteidigung verpflichtet war, eine Zwangslage begründet habe und ob weitere besondere Umstände hinzugetreten seien, die das Geschäft nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Beweggrund zu entnehmenden Gesamtcharakter als

Wirksamkeit der Honorarvereinbarung

Honorarvereinbarung des Pflichtverteidigers

Honorarvereinbarung nicht nichtig

Unterbliebener Hinweis

Freiwilligkeit des Vertragsschlusses nicht mehr erforderlich

Unkenntnis des Mandanten



verwerflich erscheinen lasse, ist nach der Darstellung des BGH eine Frage des Einzelfalls. Bei der Wertung dieser Umstände des Einzelfalls sei dem Berufungsgericht kein Rechtsfehler unterlaufen.

Nach den weiteren Ausführungen des BGH kann der vom Kläger geltend gemachte Zahlungsanspruch jedoch unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB, „culpa in contrahendo“) begründet sein. Bereits die Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung begründe nämlich gem. § 311 Abs. 2 BGB ein Schuldverhältnis, sodass die Verletzung der hierbei begründeten Pflichten zu einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB führen könnte.

Nach Auffassung des BGH muss ein zum Pflichtverteidiger bestellter RA vor Abschluss einer Vergütungsvereinbarung einen eindeutigen Hinweis darauf erteilen, dass er gem. §§ 48, 49 BRAO auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung zu weiterer Verteidigung verpflichtet sei. Unterlasse der RA einen solchen Hinweis, handele er pflichtwidrig.

Eine solche Belehrungspflicht folgt nach den weiteren Ausführungen des BGH aus der Stellung des Pflichtverteidigers, der (zumindest auch) die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen habe, und aus der erkennbaren Interessenlage des Beschuldigten.

Mit dem Institut der in § 140 Abs. 2 StPO geregelten notwendigen Verteidigung und mit der Bestellung eines Verteidigers sichert der Gesetzgeber nach Auffassung des BGH das Interesse, das der Rechtsstaat an einem prozessordnungsgemäßen Strafverfahren hat. Außerdem diene die Pflichtverteidigung nicht zuletzt der wirksamen Verteidigung des Beschuldigten. Dieser habe ein Recht auf ein faires Verfahren. So dürfe der Beschuldigte im Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht nur Objekt des Verfahrens sein. Vielmehr müsse ihm die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Strafverfahrens Einfluss zu nehmen. Hierzu sei er unter bestimmten Voraussetzungen auf rechtskundige Hilfe eines ihm verpflichteten Beistandes angewiesen.

Jedenfalls dann, wenn die Bestellung des Pflichtverteidigers auf Wunsch oder mit Einverständnis des Beschuldigten erfolgt, haben der Wahlverteidiger und der Pflichtverteidiger nach den weiteren Ausführungen des BGH die gleiche Aufgabe und Funktion. Dabei solle ihre Rechtsstellung gleich sein. Nach dem Willen des Gesetzgebers solle ein Beschuldigter, dem ein Pflichtverteidiger bestellt wurde, grundsätzlich gleichen Rechtsschutz erhalten wie ein Beschuldigter, der sich auf eigene Kosten einen Verteidiger gewählt habe. Dementsprechend sieht – so argumentiert der BGH – § 142 Abs. 1 StPO vor, dass dem Beschuldigten der Anwalt seines Vertrauens als Pflichtverteidiger beizuordnen ist, wenn dem nicht wichtige Gründe entgegenstehen.

Einen RA, der ein Wahlmandat begründen will, treffen nach der Rechtsprechung des BGH gegenüber einem Vertragsinteressenten mehrere vorvertragliche Sorgfaltspflichten (BGH AGS 1998, 22), die der BGH im Einzelnen aufführt:

- So ist der RA gegenüber einem anspruchsberechtigten Mandanten gehalten, auf die Möglichkeit, PKH zu erlangen, hinzuweisen.
- Handelt der RA für eine Sozietät, muss er darauf hinweisen, dass der Mandant trotz der Bewilligung von PKH weitergehenden Gebührenansprüchen der Sozietät ausgesetzt sein kann (BGH AnwBl 2010, 716).
- Ferner muss der RA den Vertragsinteressenten darüber belehren, wenn die von diesem erstrebte Rechtsverfolgung erkennbar wirtschaftlich unvernünftig ist, weil

Schadensersatz  
wegen vorvertraglicher  
Pflichtverletzung

Belehrungspflicht des  
Pflichtverteidigers

Stellung des  
Pflichtverteidigers

Rechtsinstitut der  
Pflichtverteidigung

Wahl- und Pflichtverteidiger

Vorvertragliche Sorgfaltspflichten des Rechtsanwalts

das zu erreichende Ziel in keinem angemessenen Verhältnis zu den anfallenden Kosten steht (BGH AGS 1998, 22).

- Außerdem kann ein RA verpflichtet sein, auf Verlangen der Partei die voraussichtliche Höhe seiner gesetzlichen Vergütung mitzuteilen (BGH AnwBl 1980, 500 = zfs 1980, 335).
- Je nach den Umständen des Einzelfalls kann ein RA auch verpflichtet sein, den Mandanten auf die mit dem Mandat verbundenen Gebühren hinzuweisen, wenn andere als üblicherweise zu erwartende Gebühren anfallen.
- Aus besonderen Umständen des Einzelfalls kann der RA ferner nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet sein, auch ohne entsprechende Frage des Auftraggebers diesen über die gebührenrechtliche Lage zu belehren (BGH AGS 1998, 177).
- Schließlich muss der RA vor Vertragsschluss auch offenbaren, dass er mit Rücksicht auf andere Mandate seiner Sozietät von vornherein nicht bereit sei, den Vertragsinteressenten ggf. auch vor Gericht zu vertreten (BGH AnwBl 2008, 297 = AGS 2008, 220).

Für das Maß der Unterrichtung ist nach den weiteren Ausführungen des BGH stets die für den RA erkennbare Erkenntnis- und Interessenlage des Auftraggebers maßgeblich. Dabei müsse der rechtsuchende Vertragsinteressent nach Lage des Falles ausreichend informiert sein, um über sein weiteres Vorgehen sachgerecht entscheiden zu können (BGH AnwBl 1980, 500 = zfs 1980, 335). Gebe der Mandant nicht eindeutig zu erkennen, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedürfe, sei der RA grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage sei (BGH NJW 2007, 2485).

Diese Pflichten treffen nach Auffassung des BGH grundsätzlich in gleicher Weise auch den Pflichtverteidiger. Um sachgerecht darüber entscheiden zu können, ob der Beschuldigte eine Honorarvereinbarung mit dem für ihn bereits auf Antrag oder von Amts wegen bestellten Pflichtverteidiger abschließt, müsse er die maßgeblichen Umstände kennen. Hierzu gehöre nicht nur die Aufklärung darüber, dass die Zahlungspflicht die gesetzlichen Gebühren übersteige und dass die Staatskasse im Falle der Kostenerstattung regelmäßig nicht mehr als die gesetzliche Vergütung erstatten müsse. Der Beschuldigte könne sachgerecht nur dann entscheiden, wenn er weiß, dass der Pflichtverteidiger auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung zur Verteidigung verpflichtet sei.

Hierzu hat der BGH auch auf die Interessenlage des Beschuldigten verwiesen. Der Beschuldigte sehe sich einem Strafverfahren gegenüber, in dem die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflichtverteidigers vorliegen und damit die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig sei. Dabei sehe sich der Beschuldigte – zumal wenn er angeklagt oder inhaftiert sei – einem nicht unerheblichen Druck ausgesetzt. Sein Interesse sei erkennbar auf eine in seinem Sinne bestmögliche Verteidigung gerichtet. Dabei dürfe der Beschuldigte darauf vertrauen, dass der von ihm gewünschte und ihm beigeordnete RA seine Interessen wahre und seine Rechte wie ein Wahlverteidiger wahrnehme.

Demgegenüber sei der zum Verteidiger bestellte RA zur Verteidigung verpflichtet, sofern dem nicht wichtige Gründe entgegenstehen. Anders als ein Wahlverteidiger könne der Pflichtverteidiger sein weiteres Tätigwerden in keinem Fall vom Zustandekommen einer Vergütungsvereinbarung abhängig machen (siehe BGH AGS 2003, 15;

Erkenntnis- und Interessenlage des Auftraggebers maßgeblich

Belehrungspflicht des Pflichtverteidigers



BGH AGS 2010, 267; BGH RVGreport 2013, 265 [Burhoff] = AGS 2013, 317). Da der RA kraft seiner Bestellung zur Übernahme der Verteidigung verpflichtet sei, dürfe der Pflichtverteidiger die Übernahme der Tätigkeit weder ausdrücklich noch mehr oder weniger verschleiert von dem Versprechen einer die gesetzlichen Gebühren übersteigenden Vergütung abhängig machen. Ihm seien nur völlig freiwillige Angebote erlaubt. Ferner weist der BGH darauf hin, dass ein wichtiger Grund für die Rücknahme der Pflichtverteidigerbestellung darin bestehen kann, dass der bestellte RA auf den Abschluss einer die gesetzlichen Gebühren deutlich übersteigenden Honorarvereinbarung dränge und dabei zum Ausdruck bringe, ohne den Abschluss der Vereinbarung sei seine Motivation, für den Beschuldigten tätig zu werden, gemindert (KG RVGreport 2012, 318 [Burhoff]).

Nach den weiteren Ausführungen des BGH kann bei einem Beschuldigten, dem ein Pflichtverteidiger bestellt wird, regelmäßig keine Kenntnis der gebührenrechtlichen Lage angenommen werden. Noch weniger könne eine Kenntnis des Beschuldigten davon erwartet werden, dass der Pflichtverteidiger, auch wenn dieser auf den Abschluss einer Honorarvereinbarung hinwirkt, zu weiterer Verteidigung auch ohne den Abschluss der Vereinbarung verpflichtet ist. Hierauf muss nach Auffassung des BGH ein sorgfältig und gewissenhaft arbeitender Pflichtverteidiger eindeutig hinweisen. Dieser Pflicht war hier RA X nicht nachgekommen.

Für das weitere Verfahren hat der BGH darauf hingewiesen, dass der Kläger darzulegen und ggf. zu beweisen hat, wie er sich bei gebotener vollständiger Aufklärung des RA verhalten hätte. Dabei seien hier die Regeln des Anscheinsbeweises nicht anwendbar. Denn bei sachgerechter Aufklärung vor Unterzeichnung der Honorarvereinbarung hätte aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten nicht eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen. Vielmehr kämen unter den Umständen des jeweiligen Einzelfalls unterschiedliche Schritte in Betracht. Allerdings – so fährt der BGH fort – stelle die unterlassene Aufklärung des Mandanten über den Regelungsgehalt der §§ 48, 49 BRAO regelmäßig ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass der Beschuldigte eine ihm angetragene Honorarvereinbarung bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht unterzeichnet hätte. Dies habe der Tatrichter je nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

Andererseits kann sich der RA nach den weiteren Ausführungen des BGH auch nicht damit entlasten, er hätte ohne Abschluss der Honorarvereinbarung auf seine Entpflichtung hingewirkt. Hierzu hat der BGH darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung aus wichtigem Grund nicht schon dann vorliegen würden, wenn eine Verteidigung zu den für Pflichtverteidiger vorgesehenen Gebühren nicht dessen wirtschaftlichen Interessen entspreche.

Schließlich hat der BGH darauf hingewiesen, dass ein möglicher Schaden darin besteht, dass der Geschädigte bei einer schuldhaften Pflichtverletzung bei Vertragsverhandlungen so zu stellen ist, wie er bei Offenbarung der für seinen Vertragsschluss maßgeblichen Umstände gestanden hätte (BGH NJW 2006, 3139). Dies könne den vom Kläger hier geltend gemachten Zahlungsanspruch begründen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das Urteil des BGH hat bei Verteidigern großes Aufsehen erregt.

Allerdings ist die Problematik, dass der Beschuldigte darauf hingewiesen werden muss, dass der Pflichtverteidiger zur Verteidigung auch dann verpflichtet ist, wenn ihm der Beschuldigte keinerlei Vergütung und erst recht keine über der gesetzlichen Vergütung liegende Vereinbarung zahlt, nicht neu. Diese Frage wurde bisher unter

### Darlegungslast des Klägers

### Bekannte Problematik im neuen Gewand

dem Gesichtspunkt der „Freiwilligkeit bei Abschluss der Vergütungsvereinbarung“ behandelt (siehe BGH AnwBl 1980, 465; siehe hierzu auch Krämer/Mauer/Kilian, Vergütungsvereinbarung und -management, 2005, Rn 524; Winkler, in: Hinne/Klees/Müllerschön, Vereinbarungen mit Mandanten, 4. Aufl., Rn 460; siehe auch OLG Karlsruhe RVGreport 2016, 174 [Burhoff], auch zu Beweisfragen). Der nunmehr für Entscheidungen über die Anwaltsvergütung zuständige IX. ZS des BGH hat diese Rechtsprechung zwar aufgegeben, jedoch eine entsprechende Belehrungspflicht des Pflichtverteidigers aus dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung („culpa in contrahendo“) hergeleitet.

Der Hinweis darauf, dass der Pflichtverteidiger auch ohne den Abschluss der Vergütungsvereinbarung zu einer weiteren Verteidigung verpflichtet ist, muss zwingend vor Abschluss der Vergütungsvereinbarung erfolgen. Zu Beweis Zwecken sollte dies auch eindeutig in den Text der Vergütungsvereinbarung aufgenommen werden. So kann etwa wie folgt formuliert werden:

### Formulierungsvorschlag

„Der Mandant ist vor Abschluss dieser Vergütungsvereinbarung darauf hingewiesen worden, dass RA X auch ohne den Abschluss der Vergütungsvereinbarung zu einer weiteren Tätigkeit als Pflichtverteidiger verpflichtet ist. Der Mandant hat in Kenntnis dieser Verpflichtung die Vergütungsvereinbarung geschlossen.“

Kommt der Pflichtverteidiger dieser Hinweispflicht nicht nach oder kann er diese im Streitfall nicht beweisen, so ist er nach den Grundsätzen der Haftung aus culpa in contrahendo dem Mandanten zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet (siehe auch BGH RVGreport 2007, 316 [Hansens] = zfs 2007, 465 mit Anm. Hansens = AGS 2007, 386 für den unterbliebenen Hinweis auf die Abrechnung der Gebühren nach dem Gegenstandswert nach § 49b Abs. 5 BRAO). Dies begründet allerdings nicht automatisch einen (Rück-)Zahlungsanspruch des Mandanten gegen den Pflichtverteidiger. Vielmehr muss der Mandant ausreichend darlegen und im Streitfall unter Beweis stellen, dass ihm aus dem Verstoß des Pflichtverteidigers wegen des unterbliebenen Hinweises ein Schaden entstanden ist. Der Mandant hat dabei auch vorzutragen und unter Beweis zu stellen, wie er auf den gebotenen Hinweis des Pflichtverteidigers, er sei zu einer weiteren Tätigkeit auch ohne den Abschluss der Vergütungsvereinbarung verpflichtet, reagiert hätte. Insoweit werden an den Mandanten, der sich bei unterbliebenem Hinweis von einer Honorarvereinbarung lösen will, höhere Anforderungen gestellt, als es nach der bisherigen Rechtslage bei Anwendung des Urteils des III. ZS des BGH (AnwBl 1980, 465) der Fall war.

Allerdings kann nach den Hinweisen des BGH hier die unterbliebene Aufklärung des Mandanten ein gewichtiges Indiz dafür sein, dass dieser eine ihm angetragene Honorarvereinbarung bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht unterzeichnet hätte.

### Das Ende des Schweigerechts?

Rechtsanwalt Mirko Laudon, Hamburg

Im Koalitionsvertrag hatte die Bundesregierung die Weiterentwicklung des vier Jahre alten, ersten IT-„Sicherheitsgesetzes“ vereinbart. Nun wurde der Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vorgelegt (vgl. Sicherheitsgesetz 2.0 – IT-SiG 2.0).

Vorab: Über die Namensgebung von Gesetzen ist kürzlich nach dem „Starke-Familien-Gesetz“ und „Gute-Kita-Gesetz“ viel diskutiert worden. Das IT-„Sicherheitsgesetz“

Hinweis des Pflichtverteidigers

Schadensersatzpflicht des  
Verteidigers

dürfte auch in die Reihe der Gesetze gehören, die über den Namen eine bestimmte Botschaft zu verbreiten versuchen.

Dieser Entwurf dürfte nicht nur Strafverteidiger einigermaßen fassungslos zurücklassen. So sollen Ermittler in Zukunft Accounts von Beschuldigten übernehmen dürfen, um diese dann unter dem Pseudonym weiter zu betreiben – auch gegen den Willen des Beschuldigten.

Die Verfasser des Entwurfs meinen, die Nutzung dieser übernommenen Accounts habe gegenüber den Kommunikationspartnern keinen Eingriffscharakter, so dass diesbezüglich keine spezielle Ermächtigungsgrundlage erforderlich sei. Nach der Rechtsprechung des BVerfG schütze das Fernmeldegeheimnis nur das Vertrauen des Einzelnen darin, dass eine Fernkommunikation, an der er beteiligt ist, nicht von Dritten zur Kenntnis genommen wird, nicht aber vor Enttäuschung des personengebundenen Vertrauens in den Kommunikationspartner. Auch ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll nicht vorliegen, wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begibt. Das Vertrauen eines Kommunikationsteilnehmers in die Identität und Wahrhaftigkeit seiner Kommunikationspartner sei dann nicht schutzwürdig, wenn hierfür wie bei anonymer Internetkommunikation unter Pseudonym keinerlei Überprüfungsmechanismen bereitstehen. Das Vertrauen darauf, jedenfalls nicht mit einer staatlichen Stelle zu kommunizieren, sei nicht schutzwürdig. Dies gelte auch dann, wenn durch die staatliche Stelle gerade das deliktische Vertrauen dem Kommunikationspartner gegenüber ausgenutzt werde, wonach das Gegenüber ebenfalls ein Straftäter sei. Das deliktische Vertrauen, beim Kommunikationspartner handele es sich ebenfalls um einen Straftäter, sei deshalb nicht schutzwürdig. Es darf bezweifelt werden, ob das BVerfG dies eines Tages genauso sehen wird.

Dieses Vorgehen sei deshalb notwendig, weil in den entsprechenden Kreisen den langjährig aktiven Accounts ein großes Vertrauen entgegengebracht werde. Und damit man überhaupt an diese Accounts kommt, soll ein Verdächtiger nach dem neuen § 163g StPO-E verpflichtet werden können, „die zur Nutzung der virtuellen Identität erforderlichen Zugangsdaten herauszugeben. § 95 Absatz 2 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die Zugangsdaten auch herauszugeben sind, wenn sie geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen“.

Dies dürfte freilich das Ende des umfassenden Schweigerechts eines Beschuldigten bedeuten. Denn sanktionierbar wäre die Weigerung, die Passwörter herauszugeben, mit Ordnungsgeld oder Beugehaft.

Zwar sollen die durch Nutzung der Zugangsdaten gewonnenen Erkenntnisse (vorerst) nicht gegen den Verdächtigen oder einen in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen des Verdächtigen verwendet werden dürfen bzw. nur mit seiner „Zustimmung“. Wie eine solche in der Praxis zu erlangen ist, zeigt die Erfahrung mit freiwilligen Speichelproben: Den Beschuldigten wird, etwa noch während der Durchsuchung, ein mehrere Seiten langes Formblatt vorgelegt mit der Erläuterung, man wolle nun eine Speichelprobe abnehmen. Es kann nicht verwundern, dass viele Beschuldigte die Einwilligungserklärung in einer solchen Überrumpelungssituation ohne rechtlichen Beistand unterzeichnen.

Übernahme von Accounts und Weiterbetrieb durch Ermittlungsbehörden

Pflicht zur Herausgabe von Zugangsdaten

Ein § 126a StGB-E soll das Anbieten von Leistungen zur Ermöglichung von Straftaten bestrafen:

### *§ 126a – Zugänglichmachen von Leistungen zur Begehung von Straftaten*

(1) Wer Dritten eine internetbasierte Leistung zugänglich macht, deren Zweck oder Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen, zu fördern oder zu erleichtern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein, als die für die Tat im Sinne von Absatz 1 angedrohte Strafe.

(3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer die Tat gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten im Sinne dieser Vorschrift verbunden hat, begeht.

(4) Absatz 1 gilt nicht für Handlungen

1. wenn die Begehung von Straftaten nur einen Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung darstellt oder

2. die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen. Dazu gehören insbesondere beruflichen Handlungen der in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 der Strafprozessordnung genannten Personen.

Anbieter internetbasierter Leistungen laufen demnach Gefahr, sich schon wegen der von ihnen erkannten objektiven Eignung der Angebote strafbar zu machen, indem sie potentiell strafbares Verhalten bloß irgendwie fördern. Praktisch ist dies der Fall bei nahezu allen Diensten, die über das Tor-Netzwerk erreichbar sind oder die dieses Netzwerk zur Verfügung stellen. Reicht es, nur spezifische Ports geöffnet zu lassen, die Tor-Nutzung als Netzwerkbetreiber zu dulden oder einen Tor-Knotenpunkt zu betreiben? Die Förderung wird auch nicht etwa auf bestimmte, schwere Straftaten begrenzt, sondern gilt für alle Straftaten.

Aber damit nicht genug: Auch das Betreiben eines Wikis oder eines Internetforums kann das Anbieten einer internetbasierten Leistung sein, über die auch strafbare Handlungen, z.B. Beleidigungen oder Urheberrechtsverletzungen ermöglicht werden. Ob das Angebot darauf angelegt war, die Begehung von beliebigen Straftaten zu ermöglichen, zu fördern oder zu erleichtern, soll ex-post dann ein Gericht entscheiden. Im Hinblick auf die Bestimmtheit und die Verhältnismäßigkeit der Norm ist dies kritisch zu sehen.

Sollte das Gesetz im Bundestag auf breite Zustimmung stoßen, wäre dies erneut ein Armutszeugnis für unseren Rechtsstaat. Wer Freiheit aufgibt, um Sicherheit zu gewinnen, wird am Ende beides verlieren.

Darknet-Paragraf: Wo beginnt die Eignung zur Förderung von Straftaten?

### Verfahrensrecht

#### Ablehnung eines im Auftrag der Polizei im Ermittlungsverfahren tätigen Übersetzers

1. Ein im Ermittlungsverfahren im Auftrag der Polizei tätig gewordener Übersetzer kann nur dann gemäß § 74 StPO als befangen abgelehnt werden, wenn er in der Hauptverhandlung vom Gericht als Sachverständiger gehört wird.

2. Zweifeln an der Richtigkeit der in die Hauptverhandlung gemäß § 249 Abs. 1 StPO ordnungsgemäß eingeführten Übersetzungen hat das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nachzugehen.

(Leitsätze des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 13.2.2019 – 2 StR 485/18

#### I. Sachverhalt

Das LG hat die Angeklagten in mehreren Fällen wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt. Im Laufe des Ermittlungsverfahrens fanden umfangreiche Telefonüberwachungsmaßnahmen statt. Da alle Telefongespräche in fremder Sprache geführt worden waren, wurden diese durch einen von der Polizei beauftragten Übersetzer in die deutsche Sprache übertragen und verschriftet. Einzelne Wortprotokolle wurden durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt. Die Angeklagten haben „den Dolmetscher, der die TKÜ übersetzt hat“ wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Der „Dolmetscher“ habe sich nicht auf die Übersetzung der Gespräche beschränkt, sondern in Klammern eigene Interpretationen und Erläuterungen hinzugefügt. Das LG hat den Befangenheitsantrag abgelehnt. Die Revisionen der Angeklagten bleiben erfolglos.

#### II. Entscheidung

Der Übersetzer sei kein Dolmetscher i.S.d. § 191 GVG gewesen. Aufgabe des Dolmetschers sei es, die Verständigung der Verfahrensbeteiligten zu ermöglichen. Es sei nicht seine Aufgabe, den Sinn einer nicht im Verfahren, sondern außerhalb des Prozesses abgegebenen fremdsprachigen Äußerung zu ermitteln. Dies sei Aufgabe eines Sachverständigen, für dessen Ablehnung § 74 StPO gilt. Die Revisionen könnten zwar grundsätzlich darauf gestützt werden, dass ein Ablehnungsgesuch gegen einen Sachverständigen zu Unrecht zurückgewiesen worden ist. Die Ablehnung eines im Auftrag der Polizei oder der Staatsanwaltschaft im Rahmen des Ermittlungsverfahrens tätig gewesenen Sachverständigen sei nur möglich, wenn dieser vom Gericht in der Hauptverhandlung vernommen wird (BGH VRS 29, 26; OLG Düsseldorf MDR 1984, 71; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 74 Rn 12). Den Verfahrensbeteiligten bleibe es insoweit unbenommen, schon während des Ermittlungsverfahrens Gegenvorstellungen bei der StA zu erheben. Auch im Rahmen der Hauptverhandlung können die Verfahrensbeteiligten eine ihrer Ansicht nach fehlerhafte Übersetzung beanstanden. Die wörtlichen Übersetzungen der Gesprächsprotokolle seien vorliegend nach § 249 Abs. 1 StPO im Wege des Urkundsbeweises prozessordnungsgemäß eingeführt worden. Die Strafkammer sei gehalten gewesen, sich gewissenhaft Aufklärung über die sorgfältige Übertragung der Gesprächsaufzeichnungen zu verschaffen (BGH NStZ 2002, 493, 494). Wie das Tatgericht die Überzeugung von der Übereinstimmung der Übersetzung mit den fremdsprachigen Gesprächsprotokollen gewinnt, bleibe ihm nach Maßgabe der Aufklärungspflicht

Übersetzer abgelehnt

Übersetzer ist kein „Dolmetscher“

überlassen (BGH NStZ-RR 2019, 57). Hier habe sich das LG von der beruflichen und fachlichen Qualifikation des Übersetzers sowie von dessen Zuverlässigkeit überzeugt. Zudem habe ein Angeklagter die Richtigkeit der Übersetzung der ihm vorgehaltenen Wortprotokolle bestätigt, auch wenn er sie teilweise inhaltlich anders gedeutet hat.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die von der Revision als mögliche Interpretationen beanstandeten Zusätze zum Teil der Klarstellung und dem Verständnis dienen, teilweise mit „vermutlich“ gekennzeichnet seien und als solche ausnahmslos in Klammern gesetzt worden seien. Ein von der Polizei hinzugezogener Übersetzer überschreite im Regelfall nicht seine Kompetenzen, wenn er aus dem Kontext früherer von ihm abgehörter Gespräche zur besseren Verständlichkeit Erläuterungen beifügt, solange er durch Klammern deutlich macht, dass es sich nur um eine mögliche Deutung seinerseits handelt und damit die Interpretationshoheit der Polizei als seinem Auftraggeber überlässt (BGH NStZ 2008, 50). Etwas anderes könnte sich lediglich dann ergeben, wenn ein Übersetzer ohne Anhaltspunkte aus dem Kontext einseitig tendenziöse, für den Angeklagten belastende Schlussfolgerungen ziehen würde.

### III. Bedeutung für die Praxis

Gerade in OK-Verfahren fallen bei der Telefonüberwachung häufig in fremder Sprache geführte Gespräche an, die dann von einem von Polizei oder StA beauftragten Übersetzer ins Deutsche übersetzt werden. Der BGH führt seine Rechtsprechung fort, dass es sich dabei nicht um einen „Dolmetscher“ gem. § 187 GVG mit der Möglichkeit der Ablehnung nach §§ 189 GVG, 74 StPO handelt (näher hierzu Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 1 ff.), sondern eine Ablehnung erst bei Vernehmung als Sachverständiger in der Hauptverhandlung zulässig ist. In Leitsatz 2 konkretisiert er die Anforderungen an die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Richtigkeit der Übersetzungen und der Zuverlässigkeit des Übersetzers. Deutlich als solche gekennzeichnete Zusätze des Übersetzers sind als Aufklärungshilfe sinnvoll und zulässig, solange sie nicht den Bereich der Sachlichkeit verlassen. Verteidigern kann in einschlägigen Fällen nur der Rat gegeben werden, Mängel der Übersetzung bzw. der Qualifikation des Übersetzers oder unsachliche Zusätze schon im Ermittlungsverfahren zu monieren, spätestens aber zu Protokoll in der Hauptverhandlung, um auf diese Weise konkret die Aufklärungspflicht des Gerichts zu verdichten.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Wiedereintritt in die Hauptverhandlung und letztes Wort des Angeklagten

Eine „Erörterung“ der Sach- und Rechtslage bezieht sich im Zweifel auf Fragen, die für die Sachentscheidung bedeutsam sind. Daher ist dem Angeklagten danach ggf. erneut das letzte Wort zu gewähren. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 5.2.2019 – 3 StR 469/18*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten u.a. wegen besonders schweren Raubes verurteilt sowie seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Die dagegen gerichtete, u.a. auf die Rüge, dass § 258 Abs. 2 Hs. 2 StPO verletzt worden sei, gestützte Revision hatte Erfolg.

Sachliche Zusätze sind nicht zu beanstanden

Sachliche Aufklärungshilfe zulässig



Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Die Angeklagten erhielten in der Hauptverhandlung am 1.3.2018 nach dem Schluss der Beweisaufnahme und den Schlussvorträgen jeweils das letzte Wort. Anschließend wurde die Hauptverhandlung um 11.35 Uhr unterbrochen und um 11.45 Uhr fortgesetzt. Sodann wurde die Sach- und Rechtslage erörtert. Danach wurde die Hauptverhandlung erneut unterbrochen und am 7.3.2018 fortgesetzt. An diesem Tag wurde das Urteil verkündet, ohne dass dem Angeklagten erneut das letzte Wort gewährt worden war.

### II. Entscheidung

Der Angeklagte hat nach Auffassung des BGH zu Recht beanstandet, dass ihm nach der Erörterung der Sach- und Rechtslage nicht erneut das letzte Wort erteilt wurde. Insoweit gelte: Gemäß § 258 Abs. 2 Hs. 2 StPO gebühre dem Angeklagten nach dem Schluss der Beweisaufnahme und den Schlussvorträgen das letzte Wort. Trete das Gericht danach erneut in die Beweisaufnahme ein, sei dem Angeklagten wiederum das letzte Wort zu erteilen. Denn mit dem Wiedereintritt in die Verhandlung haben die früheren Ausführungen des Angeklagten ihre Bedeutung als abschließende Äußerungen i.S.d. § 258 Abs. 2 Hs. 2 StPO verloren (BGH NStZ 1993, 551 m.w.N.). Der Wiedereintritt in die Verhandlung müsse nicht förmlich, sondern könne auch konkludent durch Vornahme einer Prozesshandlung geschehen (BGH NStZ 2004, 505, 507). Ob von einem Wiedereintritt in die Verhandlung auszugehen sei, sei anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (BGH NStZ-RR 2010, 152). Maßgeblich sei, ob es sich um einen Verfahrensvorgang handelt, der für die Sachentscheidung des Tatgerichts von Bedeutung sein kann (BGH a.a.O.). Das sei beispielsweise nicht der Fall bei einer bloßen Entgegennahme von Hilfsbeweisanträgen (BGH BGHR StPO § 258 Abs. 3 Wiedereintritt 14), bei einer Ersetzung eines Pflichtverteidigers (BGH, Beschl. v. 17.9.21981 – 4 StR 496/81) oder bei der Kundgabe eines Negativattests im Sinne des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO. Ein Verfahrensvorgang, der Einfluss auf die Sachentscheidung haben könne, sei demgegenüber jede Prozesshandlung, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme fällt, sowie jede Handlung, in der sich der Wille des Gerichts zum Weiterverhandeln in der Sache zeigt (BGHR StPO § 258 Abs. 3 Wiedereintritt 19). Das sei insbesondere der Fall, wenn der Wille des Gerichts zum Ausdruck kommt, im Zusammenwirken mit den Prozessbeteiligten in der Beweisaufnahme fortzufahren, oder wenn Anträge erörtert werden (BGH NStZ-RR 2010, 152 m.w.N.).

Gleichermaßen verhalte es sich, falls – wie hier – „die Sach- und Rechtslage erörtert“ wird (so bereits BGH NStZ 2012, 587). Wenngleich eine „Erörterung“ der Sach- und Rechtslage nicht notwendigerweise die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) zum Gegenstand haben müsse, so verstehe es sich doch von selbst, dass sich die Erörterung „der Sach- und Rechtslage“ auf Fragen beziehe, die für die Sachentscheidung bedeutsam seien. Die in der Hauptverhandlung relevante Sach- und Rechtslage werde durch den Anklagevorwurf und die dadurch aufgeworfenen Fragen bestimmt, insbesondere diejenigen, die den Schuld- und Strafausspruch betreffen. Danach sei das Gericht hier durch die Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Verfahrensbeteiligten wieder in die Verhandlung eingetreten, so dass dem Angeklagten anschließend erneut das letzte Wort hätte erteilt werden müssen.

Verfahrensgeschehen

Angeklagter hat das letzte Wort

„... die Sach- und Rechtslage erörtert ...“

### III. Bedeutung für die Praxis

Eine der doch recht häufigen Entscheidungen des BGH zum sog. Wiedereintritt in die Hauptverhandlung und zum danach dem Angeklagten noch einmal zu gewährenden letzten Wort. Eine Problematik, die bei § 258 StPO angesiedelt ist. Ich frage mich beim Lesen dieser Entscheidungen immer, warum eigentlich niemand in der Kammer auf die Idee kommt, dem Angeklagten, der grundsätzlich in der Hauptverhandlung als Letzter spricht, noch einmal das letzte Wort zu erteilen. Und wenn es nur aus Sicherheitsgründen ist. Denn eins ist in den Fällen fast auch immer sicher: Revisionen, die auf einen solchen Verfahrensfehler gestützt werden, haben meist beim BGH Erfolg. Der bügelt in diesen Fällen auch nicht mit der Keule des Beruhens (§ 337 StPO) darüber. So auch hier, wo er nur lapidar ausführt: „Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte, der die Anklagevorwürfe in Abrede gestellt hatte, nunmehr Angaben gemacht hätte, die sich zu seinen Gunsten ausgewirkt hätten.“ (zu allem eingehend auch Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 3766 ff., 2050 ff. mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung).

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

### Verwendung von Erkenntnissen aus einer längerfristigen Observation

1. Der in § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO gewählte Terminus der bestimmten Straftaten erfasst nicht nur konkret und numerisch bezeichnete Katalogtaten, sondern auch generalklauselartig umschriebene Delikte wie etwa Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 163f Abs. 1 StPO).

2. Ergibt sich bei einer wegen des Verdachts der Rauschgiftkriminalität angeordneten längerfristigen Observation (§ 163f StPO) als Zufallsfund, dass der Beschuldigte ein ganz anderes Delikt minderer Bedeutung (hier: Fahren ohne Fahrerlaubnis) begangen hat, so verbietet § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO in der Regel einen Export dieser Erkenntnis in ein anderes Strafverfahren. (Leitsätze des Gerichts)

*KG, Beschl. v. 20.12.2018 – 3 Ws 309/18*

### I. Sachverhalt

Der Beschuldigte wurde aufgrund eines Haftbefehls festgenommen. Vorgeworfen wurden ihm im Haftbefehl 22 Fälle des vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis, eine falsche Verdächtigung und ein versuchter Einbruchsdiebstahl. Der Verdacht des vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis gründete teilweise auf Erkenntnissen, die polizeiliche Zeugen in einem anderen Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts einer Straftat nach § 29a BtMG durch längerfristige Observation des Beschuldigten gem. § 163f StPO gewonnen hatten. Der Haftbefehl wurde vor Anklageerhebung außer Vollzug gesetzt. Nachdem die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben hatte, beantragte der Verteidiger die Aufhebung des Haftbefehls in Bezug auf diese Fälle, um die Rechtsfrage eines Verwertungsverbots nach § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO höchstrichterlicher Klärung zuzuführen. Das AG hat den Antrag abgelehnt, die dagegen gerichtete Beschwerde hatte beim LG keinen Erfolg. Das KG hat den Haftbefehl aufgehoben.

Häufiger Fehler

Erkenntnisse in anderem Verfahren gewonnen

### II. Entscheidung

Das KG führt aus: Die weitere Beschwerde richte sich zwar nicht gegen den Haftbefehl, sondern ziele darauf ab, im Vorfeld der Hauptverhandlung die im Gerichtsbezirk des KG streitige Rechtsfrage der Anwendbarkeit des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO zu klären. Das KG hat das jedoch als zulässig angesehen. Die Beschwerde sei auch begründet, weil – so das KG – wegen der Vorwürfe vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis teilweise ein sich aus § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO ergebendes Beweisverwertungsverbot bestehe. Der Wortlaut der Vorschrift erlaube es, den Terminus „Verdacht bestimmter Straftaten“ im Sinne eines Verdachts auf einen in irgendeiner Form eingeschränkten Kreis von Taten zu verstehen. Der Gesetzgeber habe das Gesamtsystem der strafprozessualen heimlichen Ermittlungsmethoden harmonisieren und systematisieren sowie grundrechtssichernd und dem datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz entsprechend ausgestalten wollen. Die Gesetzesbegründung führe zu § 101 Abs. 3 StPO aus, dass die in § 101 Abs. 1 StPO aufgeführten Maßnahmen – zu denen auch die längerfristige Observation (§ 163f StPO) zähle – vom Verdacht bestimmter, in den jeweiligen Regelungen näher umschriebener Straftaten abhängig seien und damit das Eingreifen der Verwendungsbeschränkungen in § 477 Abs. 2 StPO auslösen würden. Nach der systematischen, historischen und teleologischen Auslegung werde deutlich, dass unter bestimmten Straftaten im Sinn des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht nur so genannte Katalogtaten – also konkret und gegebenenfalls enumerativ aufgeführte Straftatbestände –, sondern auch generalklauselartig umschriebene Delikte wie Straftaten von erheblicher Bedeutung im Sinn des § 163f Abs. 1 StPO zu verstehen seien. Zur Aufklärung des vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis hätte aber eine längerfristige Observation – auch bei serieller Tatbegehung – nicht angeordnet werden dürfen, weil es sich dabei nicht um Straftaten von erheblicher Bedeutung handele. Solche Taten seien nicht dem Bereich mittlerer Kriminalität zuzuordnen und wiesen eine geringe Strafrahmengrenze von einem Jahr aus. Zudem entsprächen die vorliegenden Taten einem durchschnittlichen Erscheinungsbild. Zwar gelte das Verwendungsverbot des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO dann nicht, wenn die zufälligen Erkenntnisse, die bei einer zulässig angeordneten Überwachung gewonnen wurden (sog. Zufallsfunde), eine Straftat betreffen und belegen, die im Zusammenhang mit der in der Anordnung bezeichneten Katalogtat stehe. Indes bestehe ein solch enger innerer Zusammenhang zwischen der Tat nach § 29a BtMG, wegen der die Maßnahme der längerfristigen Observation angeordnet worden sei, und der tatsächlich festgestellten Tat des Fahrens ohne Fahrerlaubnis offensichtlich nicht. Schließlich sei nicht von einer Einwilligung des Beschuldigten auszugehen.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Es handelt sich – soweit ersichtlich – um die erste obergerichtliche Entscheidung, bei der der vom KG eingeschlagene Weg, wonach unter den Begriff bestimmter Straftaten im Sinn des § 477 Abs. 2 StPO nicht nur konkret und numerisch bezeichnete Katalogtaten, sondern auch generalklauselartig eingegrenzte Delikte wie etwa Straftaten von erheblicher Bedeutung gem. § 163f StPO fallen, beschränkt worden ist. Das KG hat sich damit einer in der Literatur im Vordringen befindlichen Meinung angeschlossen (vgl. Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 477 Rn 23; Temming, in: Gercke/Julius/Temming, StPO, 5. Aufl., § 477 Rn 6). Danach werden also von der Verwendungsbeschränkung des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO Daten aus allen (heimlichen und offenen) Erhebungsmaßnahmen erfasst, bei denen sich der Verdacht auf einen in

Begriff: Verdacht bestimmter Straftaten

KG folgt Literatur

irgendeiner Form eingeschränkten Kreis von Taten beziehen muss (zur [längerfristigen] Observation Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 2925 ff.).

2. Der Verteidiger muss das Verwendungsverbot spätestens in der Hauptverhandlung mit einem Widerspruch geltend machen (zur Widerspruchslösung s. Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 3740).

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

### StGB/Nebengebiete

#### Bewährungswiderruf; neue Straftat; Pflichtverteidiger im Vollstreckungsverfahren

1. Wird ein Bewährungswiderruf auf eine noch nicht rechtskräftig abgeurteilte, aber vor einem Richter gestandene neuerliche Straftat gestützt, muss das Widerrufsgericht in seiner Entscheidung darlegen, aufgrund welcher konkreten Umstände es von einem glaubhaften Geständnis ausgeht.

2. Bei unterschiedlicher rechtlicher Beurteilung der Widerrufsgründe durch die Instanzen und die Staatsanwaltschaft ist ein Pflichtverteidiger zu bestellen. (Leitsätze des Verfassers)

*SächsVerfGH, Beschl. v. 30.8.2018 – Vf 73-IV 18 (HS)*

#### I. Sachverhalt

Gegen den mehrfach unter Bewährung stehenden Beschwerdeführer war wegen neuerlicher Straftaten ein weiteres Strafverfahren geführt worden. Gegen das erstinstanzliche Urteil des AG, mit dem er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, legte er Berufung ein und beschränkte diese später auf den Rechtsfolgenausspruch. Im anschließenden Revisionsverfahren erklärte das OLG die Berufungsbeschränkung für unwirksam.

Noch während des Berufungsverfahrens beantragte die StA den Widerruf der Strafaussetzungen zur Bewährung. Die zuständige StVK lehnte dies unter Hinweis auf die noch nicht eingetretene Rechtskraft des neuen Urteils ab. Dem Urteil des AG lasse sich auch nicht mit der notwendigen Klarheit entnehmen, dass der Beschwerdeführer die neuerlichen Taten gestanden habe.

Nach dem Erlass des (später in der Revision aufgehobenen) Berufungsurteils wurden neuerliche Widerrufsansträge gestellt. Diese hatten bei der StVK abermals keinen Erfolg.

Auf die hiergegen eingelegten sofortigen Beschwerden der StA hob das OLG Dresden diese Entscheidungen auf und widerrief die Strafaussetzungen. Dem Widerruf stünde nicht entgegen, dass der Beschwerdeführer wegen der innerhalb der Bewährungszeit begangenen Straftaten nicht rechtskräftig verurteilt sei, da er sich vor dem AG weitgehend geständig gezeigt habe. Ferner sei in der Berufungshauptverhandlung kein Widerruf dieses Geständnisses erfolgt, sondern vielmehr eine vollständige Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch erklärt worden.

Zuvor hatte das OLG einen Antrag des Beschwerdeführers auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers abgelehnt. Das Strafvollstreckungsverfahren weise weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht Besonderheiten auf.

Widerspruch

Neue Straftaten während laufender Bewährungszeit

Widerrufsantrag vor Erlass des Berufungsurteils erfolglos

Neuer Widerrufsanspruch nach nicht rechtskräftigem Berufungsurteil

OLG: Widerruf trotz fehlender Rechtskraft möglich

Kein Pflichtverteidiger

## Rechtsprechungsreport

Auf die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers hat der sächsische Verfassungsgerichtshof die Entscheidungen aufgehoben und die Sache an das OLG Dresden zurückverwiesen.

### II. Entscheidung

Der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung verletze die verfassungsrechtlich verankerte Unschuldsvermutung und das Recht auf ein faires Verfahren.

1. Zwar sei ein Bewährungswiderruf wegen einer neuen Straftat auch vor deren rechtskräftiger Aburteilung ohne Verletzung der Unschuldsvermutung möglich, wenn der Betroffene die neue Straftat vor einem Richter glaubhaft gestanden hat, das Geständnis nicht ersichtlich von prozesstaktischen Erwägungen bestimmt und auch nicht widerrufen ist.

Das OLG habe jedoch nicht hinreichend dargelegt, aus welchen Gründen es von einem glaubhaften Geständnis des Beschwerdeführers vor dem AG ausgegangen sei. In dem Urteil des AG sei lediglich ausgeführt, der Beschwerdeführer habe sich zur Sache „weitestgehend geständig eingelassen“. Die vom AG als geständig gewerteten Einlassungen würden dagegen nicht konkret wiedergegeben, obwohl Anhaltspunkte für die Annahme eines sachlich und rechtlich einfachen Falles nicht erkennbar seien. Aus diesen Gründen wäre das OLG veranlasst gewesen, weitergehende Ausführungen zur Glaubhaftigkeit des Geständnisses zu treffen, zumal bereits die StVK zuvor darauf hingewiesen habe, dass den Urteilsgründen ein Geständnis nicht mit der notwendigen Klarheit entnommen werden könne.

2. Darüber hinaus beanstandet der SächsVerfGH auch die Ablehnung des Beiordnungsantrags des Beschwerdeführers. Durch die verweigerte Bestellung eines Pflichtverteidigers sei der Anspruch des Beschwerdeführers auf ein gerechtes Verfahren verletzt.

Angesichts der unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung der Widerrufsgründe durch das LG, die StA und das OLG erscheine die Begründung des Senats, wonach das Verfahren keine Besonderheiten in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht aufweise, nicht mehr nachvollziehbar.

Vielmehr sei in der Regel bei unterschiedlicher Beurteilung der Sach- oder Rechtslage durch die Instanzen und die Staatsanwaltschaft von einer schwierigen Sach- oder Rechtslage auszugehen. Dies habe das OLG verkannt.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Wenngleich es hier gelungen ist, den Bewährungswiderruf – vorerst – zu vermeiden, zeigt der Fall, dass der Verteidiger bei der Vertretung von in anderer Sache unter Bewährung stehenden Angeklagten bei der Entscheidung, ob eine geständige Einlassung abgegeben bzw. ein Rechtsmittel auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt werden soll, immer den drohenden Widerruf der Bewährung im Hinterkopf behalten muss. Die Rechtsprechung hält in solchen Fällen ungeachtet der in EGMR NJW 2016, 3645 geäußerten Bedenken den Widerruf bereits vor Rechtskraft des neuerlichen Urteils nach wie vor für zulässig (vgl. Burhoff/Kotz/Hillenbrand, Nachsorge, Teil A, Rn 352). Hieran ändert auch die vorliegende Entscheidung nichts.

Dass in der Widerrufsentscheidung dargelegt werden muss, aufgrund welcher konkreten Umstände von einem glaubhaften Geständnis ausgegangen wird, sollte dabei freilich selbstverständlich sein und wurde erstinstanzlich von der StVK auch zutreffend erkannt. Es verwundert deshalb, dass der VerfGH dem OLG Nachhilfe in Sachen Unschuldsvermutung erteilen musste.

Verfassungsbeschwerde  
erfolgreich

Verstöße gegen  
Unschuldsvermutung

Widerruf vor Rechtskraft  
zwar nicht generell  
ausgeschlossen ...

... aber: Darlegungspflicht

Verweigerte Pflichtverteidi-  
gerbestellung: kein faires  
Verfahren

Begründung des OLG nicht  
mehr nachvollziehbar

Widerruf vor Rechtskraft bei  
Geständnis weiterhin möglich

2. Ungewöhnlich deutlich ist die Kritik des VerfGH an der Ablehnung einer Pflichtverteidigerbestellung. Dass die eigene Argumentation „nicht mehr nachvollziehbar“ sei, wird man als OLG-Senat selten zu lesen bekommen. Gleichwohl ist der verfassungsgerichtliche Rüffel berechtigt: Angesichts des Verfahrensverlaufs und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der beteiligten Justizbehörden ist die floskelhafte Behauptung, es liege keine schwierige Sach- oder Rechtslage vor, schlechthin unverständlich (zu den Beiordnungsvoraussetzungen im Strafvollstreckungsverfahren Burhoff, Ermittlungsverfahren, Rn 2812 ff.).

RiLG Thomas Hillenbrand, Stuttgart

### Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln

Das schlichte Aufbewahren von Geldmitteln ist keine auf Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit, auch wenn diese aus Betäubungsmittelverkäufen stammen oder der Bezahlung des Lieferanten dienen sollen. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 14.8.2018 – 1 StR 149/18*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat den wegen Handelstreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tateinheitlich mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln tateinheitlich mit vorsätzlich unerlaubtem Besitz einer verbotenen Waffe verurteilt. Nach den vom LG getroffenen Feststellungen bewahrte der Angeklagte in einem zu seiner Wohnung, die im neunten Stock des Hauses lag, gehörenden Keller 880,8 g Marihuana, 40,5 g Kokain, 76,9 g MDMA und 151 2C-I Trips sowie Feinwaagen und Verpackungsmaterial auf. Die Betäubungsmittel waren zu einem Drittel zum Eigenkonsum und zu zwei Dritteln zum Weiterverkauf bestimmt. Beim Marihuana und dem Kokain war jeweils die Grenze zur nicht geringen Menge überschritten. Diese Betäubungsmittel entstammten einem einheitlichen Ankaufsvorgang, die übrigen Betäubungsmittel entstammten einem anderen Erwerbsvorgang. In der Wohnung des Angeklagten bewahrte er u.a. ein Einhandmesser, in einem Regal einen kleinen Baseballschläger und einen Schlagring auf. Außerdem wurde im Schlafzimmer des Angeklagten in einer Umhängetasche ein Kuvert mit 3.480 EUR Bargeld gefunden, das teilweise aus bereits erfolgten Betäubungsmittelverkäufen stammte und der Bezahlung auf Kommission eingekaufter Betäubungsmittel dienen sollte. In einer Holzschale hätten sich 4,5 g Marihuana zum Eigenverbrauch befunden.

Das LG konnte nicht feststellen, dass der Angeklagte die Betäubungsmittel aus seiner Wohnung heraus verkaufte. Weder die Bestellungen noch die Entgegennahme bzw. Übergabe der Betäubungsmittel haben in der Wohnung stattgefunden. Telefonate mit Abnehmern dienten allein der Terminabstimmung, Portionierung und Verpackung der BtM erfolgten im Kellerabteil.

Die Staatsanwaltschaft hat zu Lasten des Angeklagten Revision eingelegt, mit der sie die Verurteilung wegen „bewaffneten Betäubungsmittelhandels“ erstrebt. Dies hatte keinen Erfolg.

Deutliche Kritik an Pflichtverteidigerentscheidung

Handeltreiben mit BtM

Kein Verkauf aus der Wohnung

Revision der Staatsanwaltschaft



### II. Entscheidung

Nach Auffassung des BGH hat das LG zu Recht eine Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG abgelehnt. Sinn und Zweck dieses Qualifikationstatbestandes sei es, diejenigen Tatmodalitäten unter eine erhöhte Strafandrohung zu stellen, die typischerweise besonders gefährlich seien. Dabei habe der Gesetzgeber den Besitz von Betäubungsmitteln im Zusammenhang mit der Verfügbarkeit einer Schusswaffe nicht unter die Androhung der erhöhten Strafe gestellt, weil allein vom Besitz keine besonderen Gefahren ausgehen, während etwa mit dem Handeltreiben mit BtM typischerweise ein geschäftlicher Kontakt mit anderen Personen einhergehe und damit die Gefahr verbunden sei, dass der Handel-treibende seine wirtschaftlichen Interessen rücksichtslos durch den Einsatz der Waffe durchsetze. Hier hat der BGH einen Zusammenhang mit dem Handel und dem Besitz der Waffe(n) verneint. Zwar sei nach der Rechtsprechung des BGH das Handeltreiben jede auf Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit und erfasse damit eine Vielzahl von Einzeltätigkeiten, die der Ermöglichung oder Förderung des Umsatzes dienen (BGHSt 50, 252, 256). Das schlichte Aufbewahren von Geldmitteln sei aber keine auf Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit, auch wenn diese aus Betäubungsmittelverkäufen stammen oder der Bezahlung des Lieferanten dienen sollen, weil es einer zusätzlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Zahlungsvorgang bedürfe. Auch die Überlegung, dass der Angeklagte diese Geldmittel ggf. durch Waffengewalt schützen wolle, führe nicht dazu, dass das an sich neutrale Aufbewahren der Geldmittel einen Teilakt des Handeltreibens darstelle. Im Hinblick auf die telefonische Abstimmung von Treffen zur Übergabe der Betäubungsmittel scheide die Anwendbarkeit der Norm des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG schon deshalb im Wege der teleologischen Reduktion aus, weil dieser Teilakt des Handeltreibens nach der Lage der Dinge schlechterdings keine Gefahr für das geschützte Rechtsgut darstelle.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHSt 25, 290, 291; 28, 308; 31, 145, 148). Der BGH hat auch gerade erst im UrT. v. 12.1.2017 (NStZ 2017, 714) ausgeführt, dass das bloße Aufbewahren von Geldmitteln noch keinen unmittelbaren Zusammenhang mit einem Zahlvorgang herstellt. Es ist Aufgabe des Verteidigers, die entsprechenden Anknüpfungspunkte, die gegen einen solchen Zusammenhang sprechen, herauszuarbeiten.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

### Schwerer Parteiverrat nur bei Schädigungsabsicht

Für die Annahme eines schweren Parteiverrats i.S.d. § 356 Abs. 2 StGB kommt es darauf an, ob der Rechtsanwalt bei Begehung des Parteiverrats im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteil seiner Partei gehandelt hat. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 21.11.2018 – 4 StR 15/18*

### I. Sachverhalt

Der Angeklagte ist Rechtsanwalt und Notar. Er ist vom LG wegen (schweren) Parteiverrats nach § 356 Abs. 2 StGB zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten auf Bewährung verurteilt worden war. Ausgangspunkt des Strafverfahrens war ein Verwaltungsverfahren, das 2012 beim BVerwG anhängig war. Der Rechtsanwalt hatte mehrere Kläger aus Oldenburg vertreten, darunter auch die Stadt,

Kein Zusammenhang mit Handel

Entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH

Vergleich gegen den Willen der Mandanten geschlossen

## Rechtsprechungsreport

eine Wohnungsbaugesellschaft, eine Stiftung und Privatleute. Beklagte war die Deutsche Bahn, die die Bahnstrecke zum Tiefwasserhafen „JadeWeserPort“ im nahen Wilhelmshaven ausbauen will, streckenweise wohl mitten durch das Oldenburger Stadtgebiet. In dem Verfahren vor dem BVerwG hatte die DB einen Vergleich angeboten, der Lärmschutzmaßnahmen für die betroffenen Wohngebiete in Oldenburg vorsah. Der Rechtsanwalt hat seinen Mandanten geraten, das Angebot anzunehmen. Einige der Kläger, u.a. die Stadt Oldenburg, willigten ein, nicht so auch vertretene private Kläger, die die ausdrückliche Weisung erteilt hatten, keinen Vergleich abzuschließen. Und darum ging es dann im Strafverfahren, da der Rechtsanwalt dennoch einen Vergleich abgeschlossen hatte. Die Revision des Angeklagten hatte wegen des Strafausspruchs Erfolg.

### II. Entscheidung

Der BGH sieht in dem Verhalten des Rechtsanwalts nur einen „einfachen Parteiverrat“ und hat deshalb den Strafausspruch des landgerichtlichen Urteils aufgehoben. Mit dem LG ist der BGH von Parteiverrat (§ 356 Abs. 1 StGB) ausgegangen. Er hat aber die Voraussetzungen für die Annahme eines schweren Parteiverrats i.S.d. § 356 Abs. 2 StGB verneint. Denn dafür komme es darauf an, ob der Rechtsanwalt bei Begehung des Parteiverrats im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteil seiner Partei gehandelt habe. Schon nach dem Wortlaut des § 356 Abs. 2 StGB qualifiziere nicht jedes Handeln des Anwalts zum Nachteil seiner Partei den Verrat zum Verbrechen. Hinzutreten müsse vielmehr das Einverständnis der Gegenpartei in sein schädigendes Handeln. Hierfür sei ein gemeinsames Schädigungsbewusstsein von Anwalt und Gegenpartei erforderlich. Als Teilelement des gemeinsamen Bewusstseins um die Schädigung der Partei müsse das Einverständnis der Gegenpartei bereits zu dem Zeitpunkt vorliegen, zu dem der Anwalt pflichtwidrig diene. Erforderlich sei, dass die Tathandlung als solche vom Einverständnis der Gegenpartei getragen werde. Und das hat der BGH aufgrund der Umstände des Einzelfalls verneint.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BGH aus früheren Jahren (vgl. BGH NStZ 1981, 479, 480; BGHSt 45, 148, 156). Für den betroffenen Rechtsanwalt ist die Einordnung und damit die Höhe der Strafe im Hinblick auf berufsrechtliche und sonstige Folgen von erheblicher Bedeutung.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

### Zur Neufassung des Fahrverbots in § 44 StGB

1. Die Neufassung des § 44 Abs. 1 StGB, wonach ein Fahrverbot auch bei nicht verkehrsbezogenen Straftaten angeordnet werden kann, ist ein milderer Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB, soweit durch die Anordnung eines Fahrverbots die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung vermieden werden kann.

2. Die Frage der Anordnung eines Fahrverbots bedarf in dem Urteil dann der Erörterung, wenn die Umstände des Falles eine solche Rechtsfolge nahelegen. Dies ist bei einem zur Anwendung körperlicher Gewalt neigenden Straftäter, der bereits mehrfach einschlägig vorbestraft ist, nicht der Fall. (Leitsätze des Gerichts)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.3.2019 – III – 2 RVs 15/19

Keine Schädigungsabsicht

Entspricht der bisherigen Rechtsprechung

### I. Sachverhalt

Das AG hat den Angeklagten wegen Beleidigung, tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit versuchter Körperverletzung und wegen Bedrohung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Auf die Berufung der StA hat das LG das erstinstanzliche Urteil im Strafausspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Monaten verurteilt wird und die Strafaussetzung zur Bewährung entfällt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten blieb erfolglos.

### II. Entscheidung

Der Erörterung bedürfe lediglich die Beanstandung, dass das LG gehalten gewesen wäre, die Verhängung eines Fahrverbots zu erwägen, wodurch die Versagung der Strafaussetzung hätte vermieden werden können. Nach § 44 Abs. 1 StGB in der seit dem 24.8.2017 gültigen Fassung könne ein Fahrverbot nunmehr auch bei nicht verkehrsbezogenen Straftaten verhängt werden. Die Anordnung eines Fahrverbots komme namentlich in Betracht, wenn sie zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung erforderlich erscheint oder hierdurch die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung vermieden werden kann. Zur Tatzeit am 25.6.2017 habe diese Regelung noch nicht gegolten. Bei der Frage des anwendbaren Rechts gelte das Meistbegünstigungsprinzip des § 2 Abs. 3 StGB. Dabei sei maßgeblich, welches Gesetz für den konkreten Fall die mildeste Beurteilung zulässt (BGH NStZ 2018, 652, 653). Einerseits handele es sich bei § 44 Abs. 1 StGB n.F. nicht um ein milderes Gesetz i.S.d. § 2 Abs. 3 StGB, soweit ein Fahrverbot in Kombination mit einer Geldstrafe verhängt werden kann, um auch außerhalb von Verkehrsdelikten zielgenau und spürbar auf den Täter einzuwirken. Dies gelte insbesondere für wirtschaftlich gut situierte Täter, die durch eine bloße Geldstrafe nicht in hinreichender Weise beeindruckt werden können. Andererseits komme § 44 Abs. 1 StGB n.F. der Charakter eines milderen Gesetzes zu, soweit durch die Anordnung eines Fahrverbots die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung vermieden werden kann. Mit dieser Zielrichtung könne sich die Neuregelung gerade im Anwendungsbereich des § 47 StGB durch Vermeidung einer kurzen Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung zugunsten des Angeklagten auswirken (BT-Drucks 18/11272, S. 18, Schöch NStZ 2018, 15, 17). Um diese Konstellation gehe es vorliegend, sodass der zur Tatzeit noch nicht geltende § 44 Abs. 1 StGB n.F. als milderes Gesetz anwendbar ist.

Aus der grundsätzlichen Anwendbarkeit folge indes noch keine Erörterungspflicht in dem angefochtenen Urteil. Eine verfahrensrechtliche Erörterungspflicht habe nicht bestanden. Abgesehen davon, dass § 267 Abs. 3 StPO ein Fahrverbot nicht erwähnt, habe der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht beantragt, ein Fahrverbot statt einer Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung zu verhängen. Er lasse vielmehr auch in der Revisionsbegründung offen, ob er überhaupt eine Fahrerlaubnis besitzt. Auch sei das LG sachlich-rechtlich nicht gehalten gewesen, das Vorhandensein einer Fahrerlaubnis ggf. festzustellen und die Anordnung eines Fahrverbots zwecks Vermeidung einer kurzen Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung in dem Urteil zu erörtern. Denn bei dem Angeklagten handele es sich um einen Straftäter, der bereits mehrfach wegen massiver Gewaltdelikte vorbestraft ist. Zuletzt sei er wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt worden und habe wegen mehrerer Strafreste zur Tatzeit unter laufender Bewährung gestanden, wobei er die vorliegend abgeurteilten Taten nur ca. drei Monate nach der

Keine Strafaussetzung zur Bewährung bei kurzer Freiheitsstrafe

Neufassung ist das mildere Gesetz

Hier keine Erörterungspflicht

Entlassung aus der Strafhaft begangen habe. Das Fehlen einer Stellungnahme zur Frage der Anordnung eines Fahrverbots wäre nur dann ein sachlich-rechtlicher Mangel, wenn die Umstände des Falles eine solche Rechtsfolge nahegelegt hätten (zur Strafaussetzung BGH NStZ 1986, 374; zum minder schweren Fall BGH NStZ-RR 2010, 57). Daran fehle es hier. Vielmehr liege auf der Hand, dass ein Fahrverbot – den Besitz einer Fahrerlaubnis unterstellt – ungeeignet wäre, um auf den Angeklagten, bei dem eine Gewaltproblematik besteht, nachhaltig einzuwirken und dadurch die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zu vermeiden. Insbesondere sei nicht ersichtlich, wie durch ein Fahrverbot die ungünstige Sozialprognose des zur Anwendung körperlicher Gewalt neigenden Angeklagten verbessert werden sollte. In der Strafhaft könne er hingegen spezialpräventiv an das Anti-Aggressionstraining anknüpfen, das bereits während seiner letzten Inhaftierung durchgeführt worden ist.

### III. Bedeutung für die Praxis

Wohl die erste obergerichtliche Entscheidung zur Neufassung des § 44 StGB. Die Reform hat eine Ausdehnung des Fahrverbots auf Fälle allgemeiner Kriminalität, eine Erhöhung der Höchstdauer auf sechs Monate und Änderungen bei den Vollstreckungsregeln gebracht und ist umstritten geblieben (Deutscher, VRR 1/2017, 4; VRR 3/2018, 4; König, DAR 2018, 604; Pott, StRR 2/2018, 4; Schöch, NStZ 2018, 15; Zopf, DAR 2017, 737). Die Auswirkungen der zutreffenden Überlegungen des OLG zu Leitsatz 1 dürften mehr als 18 Monate nach der Reform zukünftig überschaubar bleiben (zur Anwendung der tätergünstigen Vollstreckungsregelung des § 44 Abs. 2 StGB in Altfällen AG Dortmund NZV 2018, 588 [Deutscher]).

Bedeutsam ist allerdings die Aussage in Leitsatz 2. Das OLG macht in für die gerichtliche Praxis erfreulicherweise und mit Augenmaß deutlich, dass nicht bei jedem Ausspruch einer grundsätzlich bewährungsfähigen (insbes. kurzen) Freiheitsstrafe ohne Aussetzung zur Bewährung die Möglichkeit des Fahrverbots erörtert werden muss. Das OLG weist auf die Voraussetzung hin, dass der Angeklagte eine Fahrerlaubnis besitzen muss, um überhaupt durch Verhängung des Fahrverbots ohne Vollstreckung einer Freiheitsstrafe auf ihn einwirken zu können. Das OLG hält offenbar entsprechende Feststellungen nicht für zwingend sachlich-rechtlich erforderlich, die zudem in der Praxis bei Gewaltdelikten wie hier nicht üblich sind. Die sonstigen Umstände wie in erster Linie Art, Anzahl und Zeitpunkt von Vorbelastungen können Erörterungen zur Nichtanordnung des Fahrverbots in solchen Fällen obsolet machen.

Verteidiger, die eine drohende Nichtaussetzung zur Bewährung abwenden wollen, sollten daher in einschlägigen Fällen auf Feststellungen zum Bestehen einer Fahrerlaubnis hinarbeiten und im Schlussvortrag einen Antrag auf Strafaussetzung und Anordnung eines Fahrverbots stellen.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Rückwirkung für Altfälle

Erfreuliches Augenmaß

Folgerungen für die Verteidigung

### Ordnungswidrigkeitenrecht

#### Durchsuchung im Bußgeldverfahren

Die Durchsuchung der Wohnung des Betroffenen, dessen Täterschaft hinsichtlich einer Ordnungswidrigkeit in Gestalt einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 60 km/h außerhalb geschlossener Ortschaften rechtskräftig festgestellt ist, kann im Einzelfall auch dann rechtmäßig sein, wenn die Durchsuchung der Auffindung von Beweismitteln dient, auf Grundlage derer die Höhe der Geldbuße ermittelt werden kann. (Leitsatz des Gerichts)

*LG Hagen, Beschl. v. 17.12.2018 – 46 Qs 85/18*

#### I. Sachverhalt

Das AG hat den Betroffenen im ersten Durchlauf wegen Geschwindigkeitsüberschreitung um 60 km/h außerhalb geschlossener Ortschaften zu einer Geldbuße von 600,00 EUR verurteilt und ein Fahrverbot von einem Monat angeordnet. Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen hat das OLG das Urteil hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs nebst entsprechender Feststellungen aufgehoben und zurückverwiesen. Nachdem der Betroffene im Hauptverhandlungstermin keine weiteren Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen gemacht hat, erließ das AG zur Ermittlung der Einkommensverhältnisse einen Durchsuchungsbeschluss zur Auffindung von Einkommensnachweisen, Kontoauszügen u.Ä. Die Beschwerde des Betroffenen blieb erfolglos.

#### II. Entscheidung

Der Durchsuchungsbeschluss sei gem. § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 102, 105 StPO rechtmäßig, insbesondere verhältnismäßig gewesen. Für mildere Mittel als die Durchsuchung bestünden keine Anhaltspunkte. Der Betroffene habe zur Vermögenssituation auf Befragen keine Angaben gemacht. Zeugen und sonstige Erkenntnisquellen, aus denen sich zumindest Schätzgrundlagen ergeben, seien nicht bekannt gewesen. Soweit in der Rechtsprechung teilweise davon ausgegangen wird, die Einkommensschätzung könne u.a. anhand des geführten Fahrzeugs erfolgen (OLG Köln VRR 2011, 157 [Deutscher]), so lasse sich der Akte nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, dass das Fahrzeug, mit dem der Betroffene die Ordnungswidrigkeit begangen hat, in dessen Eigentum steht und damit als Schätzgrundlage für dessen Einkommenssituation gelten kann.

Bei der Abwägung sei zu berücksichtigen, dass der Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit stets weniger schwer wiegt als der einer Straftat. Im Bußgeldverfahren sei das öffentliche Interesse an der Ahndung aufgrund der Nichtgeltung des Legalitätsprinzips niedriger als im Strafverfahren. Daher sei im Bußgeldverfahren von Eingriffsbefugnissen in der Regel nach den Wertungen des Gesetzgebers zurückhaltender Gebrauch zu machen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlange aber nicht, dass bei Ordnungswidrigkeiten generell von einer Durchsuchung (und Beschlagnahme) abgesehen wird. Die Durchsuchung habe der Gesetzgeber gem. § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 102, 103 StPO grundsätzlich auch im Bußgeldverfahren vorgesehen. Soweit durch Bußgeldvorschriften Eingriffe in die Sicherheit des Straßenverkehrs sanktioniert werden, diene die Prävention des Ordnungswidrigkeitenverfahrens jedenfalls auch dem Schutz der hochrangigen Rechtsgüter Leib und Leben. Eine schematische Untergrenze für intensivere Eingriffsmaßnahmen etwa im Hinblick auf die Bußgeldhöhe existiere nicht; vielmehr sei jeweils eine Abwägung im konkreten Einzelfall

Keine Angaben zu den wirtschaftlichen Verhältnissen

Erforderlichkeit der Maßnahme

Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

vorzunehmen. Dabei seien unter anderem die Schwere der Tat und die Stärke des Tatverdachts, die Auffindewahrscheinlichkeit, etwa bereits vorliegendes oder anderweitig zu gewinnendes Beweismaterial, Inhalt und Umfang der Anordnung, Voreintragen des Betroffenen im Verkehrszentralregister, die Art der betroffenen Räumlichkeiten und Schutzvorkehrungen zur Beschränkung der Maßnahme zu berücksichtigen.

Abstellend auf die Tat verkenne die Kammer nicht, dass Durchsuchungsanordnungen zur Aufdeckung von geringfügigen Parkverstößen (hierzu BVerfG NJW 2006, 3411) oder bei einer außerorts begangenen Geschwindigkeitsübertretung um 30 km/h durch einen Ersttäter, dem kein Fahrverbot drohte und dessen Identitätsermittlung aufgrund der guten Qualität der vorhandenen Beweismittelfotos durch Einholung eines anthropologischen Gutachtens Erfolg versprach (hierzu BVerfG DAR 2016 641 m. Anm. Niehaus = VRR 9/2016, 13 = StRR 9/2016, 18 [Burhoff]), als wegen eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rechtswidrig angesehen wurden. So lägen die Dinge hier jedoch nicht. Der Betroffene habe außerhalb geschlossener Ortschaften die zulässige Höchstgeschwindigkeit um 60 km/h nach Toleranzabzug überschritten. Ihm drohe ein Fahrverbot und er sei bereits zuvor im Verkehr in erheblichem Umfang auffällig geworden. Gerade das Maß der Geschwindigkeitsüberschreitung und die Wiederholungstäterschaft zeigten eine besonders hohe Leichtfertigkeit und eine ausgeprägte Missachtung der Sorgfalts- und Sicherheitsanforderungen im Straßenverkehr, die gewichtige Rechtsgüter wie Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer zu tangieren imstande ist. Dass die Täterschaft des Betroffenen gesichert war und die Durchsuchung letztlich nur zur Ermittlung von Umständen erfolgte, die der Bemessung der Geldbuße dienen sollten, ändere an der Einschätzung nichts. Gerade in Ansehung des Gewichts der Tat sei eine entsprechende Ahndung in einem angemessenen, gleichwohl für den Betroffenen finanziell schmerzvollen Umfang von gesteigerter Bedeutung, um auch für die Zukunft präventive Wirkung entfalten zu können. Dabei müsse in den Blick genommen werden, dass auch die Vollstreckung zur Durchsetzung eines Fahrverbotes eine Durchsuchung und Beschlagnahme der Wohnung gem. § 25 Abs. 2 Satz 4 StVG vorsieht, so dass dem Gesetz auch nach aufgeklärter Tat jedenfalls auf Ebene der Vollstreckung einer Ordnungswidrigkeit bzw. von deren Folgen ein erheblicher Eingriff in Gestalt der Durchsuchung nicht fremd sei.

### III. Bedeutung für die Praxis

Sicherlich eine Ausnahmekonstellation – die Tat und der Betroffene als Täter standen rechtskräftig fest. Gerade das hätte das LG aber dazu bewegen müssen, die von ihm selbst angesprochene Zurückhaltung bei Durchsuchungsanordnungen im Bußgeldverfahren an den Tag zu legen (eingehend hierzu m.N. Burhoff, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. 2018, Rn 835). Die Abwägung des LG überzeugt nicht. Weil Zielrichtung der Durchsuchung nicht die Feststellung der Person des Täters war, sondern damit lediglich Grundlagen für die Höhe der Geldbuße beschafft werden sollten, hätten die restriktiven Erwägungen des BVerfG a.a.O. hier erst recht zu einer zurückhaltenderen Betrachtungsweise führen müssen. Die Annahme des LG, der Bemessung der Geldbuße komme für die Verkehrssicherheit die gleiche Bedeutung wie dem Schuldspruch zu, ist gelinde gesagt fragwürdig. Die Bezugnahme auf die Möglichkeit der Durchsuchung zwecks Beschlagnahme des Führerscheins nach § 25 Abs. 2 Satz 4 StVG zur Durchsetzung des Fahrverbots krankt schon daran, dass es sich um eine Maßnahme im Vollstreckungsverfahren handelt, nicht im Erkenntnisverfahren.

Abwägung im konkreten Fall

Abwägung überzeugt nicht



Der Beschluss des LG ist aber schon deshalb unzutreffend, weil es einen entscheidenden Gesichtspunkt gar nicht anspricht, geschweige denn erörtert. Die Durchsuchung dürfte nicht erforderlich gewesen sein. Zwar verlangen die OLG bei nicht geringwertigen Geldbußen (vgl. § 17 Abs. 3 Satz 2 OWiG) Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen, wobei die Grenze gegenwärtig bei 250 EUR angenommen wird (näher Burhoff/Gübner, a.a.O., Rn 1771 f. m.N.). Trotz der Erhöhung einer Regelgeldbuße kann von einer Erörterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen aber abgesehen werden, wenn infolge der Vorbelastungen auszuschließen ist, dass die Geldbuße auch bei ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnissen geringer ausfallen würde (OLG Frankfurt NZV 2002, 135; OLG Zweibrücken DAR 2011, 649 = VRR 2011, 392 = StRR 2011, 480 [Burhoff]). Angesichts der Schwere des Verstoßes und der Vorbelastungen drängt sich das Vorliegen dieser Sachlage hier auf. Zumindest hätte dies einer Erörterung bedurft.

In der Konsequenz bedeutet der Beschluss des LG, dass zukünftig auch bei streitiger Tat und Täterschaft die Hauptverhandlung unterbrochen und ein Durchsuchungsbeschluss erlassen werden könnte (müsste?, § 244 Abs. 2 StPO), wenn bei schweren Verstößen und Vorbelastungen eine Geldbuße von mindestens 250 EUR im Raum steht und der Betroffene keine Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen macht. Ist das wirklich gewollt?

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Anwaltsvergütung

#### Anfall der zusätzlichen Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG nach neuem Vermögensabschöpfungsrecht

Die Verfahrensgebühr gem. Nr. 4142 VV RVG entsteht auch dann, wenn der vor dem 1.7.2017 mit der Verteidigung beauftragte oder zum Pflichtverteidiger bestellte Rechtsanwalt zunächst nur Tätigkeiten zu entfalten hatte, die sich gegen vermögenssichernde Maßnahmen im Rahmen einer Rückgewinnungshilfe nach altem Recht (§§ 73 Abs. 1 Satz 2, 73a, 73b StGB a.F.) richteten. (Leitsatz des Gerichts)

KG, *Beschl. v. 6.3.2019 – 1 Ws 31/18*

#### I. Sachverhalt

Der Rechtsanwalt wurde dem Angeklagten mit Beschluss des LG vom 3.5.2017 zum Pflichtverteidiger bestellt. Bereits im Ermittlungsverfahren hatte das AG mit Beschl. v. 19.10.2016 einen dinglichen Arrest in Höhe von 418.851 EUR in das Vermögen des Angeklagten angeordnet. Dies geschah nach der seinerzeit geltenden Rechtslage gem. §§ 73 Abs. 1 Satz 2, 73a, 73b StGB a.F. „zur Sicherung der den Verletzten aus der Straftat erwachsenen zivilrechtlichen Ansprüche“ (Rückgewinnungshilfe). Der Rechtsanwalt hat beantragt, im Wege des Vorschusses neben verschiedenen Hauptverhandlungsgebühren für die Verteidigung des Angeklagten vor dem LG auch eine Gebühr gemäß Nr. 4142 VV RVG festzusetzen. Den Gegenstandswert hat er auf 418.000 EUR beziffert und dementsprechend einen Betrag von 447 EUR zzgl. Umsatzsteuer geltend gemacht. Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des LG hat die Vorschüsse mit Ausnahme der Gebühr nach Nr. 4142 VV RVG festgesetzt. Die Absetzung hat sie damit begründet, dass Tätigkeiten des Verteidigers, die sich gegen vermögenssichernde Maßnahmen im Rahmen einer Rückgewinnungshilfe richteten,

Durchsuchung dürfte nicht erforderlich sein

Konsequenz gewollt?

Tätigkeiten unter Geltung der alten Rechtslage

keinen Gebührenanspruch gemäß Nr. 4142 VV RVG auslösten. Auf die gegen die Absetzung der Gebühr nach Nr. 4142 VV RVG gerichtete Erinnerung des Rechtsanwalts hat das LG mit dem angefochtenen Beschluss die Entscheidung des AG dahin abgeändert, dass die Landeskasse dem Rechtsanwalt auf seinen Kostenfestsetzungsantrag auch die Gebühr Nr. 4142 VV RVG zu zahlen habe. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bezirksrevisorin bei dem LG, mit der sie einen Verstoß gegen § 60 RVG rügt. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

### II. Entscheidung

Das am 1.7.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hat das Recht der Vermögensabschöpfung (früher: „Verfall und Einziehung“) grundlegend neu geregelt. Es hat das Rechtsinstitut des Verfalls abgeschafft und durch ein neues Rechtsinstitut der Einziehung von Taterträgen ersetzt. In diesem Rahmen hat es die Regelungen über die Rückgewinnungshilfe aufgehoben und gegen neue dem Verletztenschutz dienende Vorschriften ausgetauscht. Gebührenrechtlich hat dies zur Folge, dass die Verfahrensgebühr bei Einziehung und verwandten Maßnahmen gemäß Nr. 4142 VV RVG für die Tätigkeiten des Verteidigers seither unabhängig davon entsteht, ob die Vermögensabschöpfung (auch) der Entschädigung von Tatverletzten dient oder ob dies nicht der Fall ist.

Das KG setzt sich mit der Frage auseinander, ob und wie sich diese Änderung der Gesetzeslage auf die Vergütung des Rechtsanwalts auswirkt. Denn im Zeitpunkt der Bestellung des Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger am 3.5.2017, mithin vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, bestand in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend Einigkeit, dass Tätigkeiten des Verteidigers, die sich gegen vermögenssichernde Maßnahmen im Rahmen einer Rückgewinnungshilfe (§§ 73 Abs. 1 Satz 2, 73a, 73b StGB a.F.) wenden, keinen Gebührenanspruch nach Nr. 4142 RVG auslösen (vgl. u.a. die Rechtsprechungsnachweise bei Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 23. Aufl., Nr. 4142 VV Rn 8).

Ob sich die Änderung der Gesetzeslage auf die Vergütung des Rechtsanwalts auswirke, bestimme sich, so das KG, grundsätzlich nach § 60 RVG. Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift sei allerdings nicht unmittelbar anzuwenden, weil mit der darin genannten „Gesetzesänderung“ eine Änderung des RVG selbst gemeint sei (vgl. Mayer/Kroiß/Klees, RVG, 6. Aufl., § 60 Rn 20), worum es hier jedoch nicht gehe. Allerdings ordnet § 60 Abs. 1 Satz 3 an, dass Satz 1 auch gilt, „wenn Vorschriften geändert werden, auf die dieses Gesetz verweist“. Sofern diese Norm zur Anwendung käme, müsste die Vergütung nach bisherigem Recht berechnet werden, wenn der unbedingte Auftrag zur Erledigung derselben Angelegenheit im Sinne des § 15 RVG vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung erteilt oder der Rechtsanwalt vor diesem Zeitpunkt bestellt oder beigeordnet worden ist. Die mit der Vorgängervorschrift § 134 BRAGO wortgleiche Formulierung „Die Vergütung ist nach bisherigem Recht zu berechnen“ wird nach allgemeiner Auffassung dahingehend verstanden, dass sie bestimmt, ob das bis zum Inkrafttreten der Gesetzesänderung geltende alte oder das neue Recht anwendbar ist (vgl. etwa Hartmann, KostG, § 60 RVG Rn 1; AnwK-RVG/N. Schneider, § 60 RVG Rn 2, 3).

Der Beschwerde sei zwar zuzugeben, dass danach § 60 Abs. 1 Satz 3 RVG tatsächlich einschlägig erscheine. Ein solches Ergebnis wäre aber nach Auffassung des KG nicht sachgerecht, weil hierbei ein wesentlicher Aspekt der Neuregelung des Rechts der Vermögensabschöpfung außer Betracht bliebe, der sich bei der gebotenen Gesamtschau zwingend auch auf das Vergütungsrecht auswirken müsse: Der Gesetzgeber habe mit der Regelung des Art. 316h EGStGB ausdrücklich angeordnet, dass das neue

Anwendung des § 60 RVG

Auswirkungen der neuen Rechtslage

Sachgerechtes Ergebnis

Vermögensabschöpfungsrecht auf vor dem 1.7.2017 begangene Anlasstaten anwendbar ist (sofern nicht bis zu diesem Tag eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz ergangen ist, was bei der hier vorliegenden Konstellation nicht der Fall ist). Diese Rückwirkung bedeute, dass ein vor dem Stichtag bestellter Verteidiger bereits zu diesem Zeitpunkt in der Sache nicht mehr gegen eine bloße Rückgewinnungshilfe, sondern gegen eine Einziehung nach neuem Recht verteidigt habe, weshalb eine Gleichstellung mit den nach dem Stichtag bestellten Verteidigern geboten sei. Dass im Zeitpunkt der Bestellung des Rechtsanwalts formal noch das alte Vermögensabschöpfungsrecht gegolten habe, müsse daher entgegen der Auffassung der Staatskasse unbeachtlich sein.

Gestützt wird dieses Ergebnis nach Ansicht des KG auch durch folgenden Umstand: Dass die Verteidigung gegen eine Rückgewinnungshilfe nach altem Recht für den Verteidiger keine Gebühr auslöste, sei argumentativ vor allem darauf zurückzuführen gewesen, dass die der Rückgewinnungshilfe dienenden strafgerichtlichen Entscheidungen bei dem Beschuldigten noch nicht zu einem Vermögensverlust führten; darüber sei vielmehr außerhalb des Strafverfahrens nach Maßgabe des zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses und des dafür vorgesehenen Verfahrensrechts zu befinden (vgl. KG AGS 2009, 224). Dem Rechtsanwalt habe sich damit die Möglichkeit eröffnet, für die Rechtsvertretung des Mandanten in den Nachfolgeverfahren Gebühren zu verdienen. Derartige Nachfolgeverfahren seien jedoch durch die Reform des Vermögensabschöpfungsrechts obsolet geworden. Es gebe, soweit ersichtlich, in den Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber des neuen Vermögensabschöpfungsrechts eine hierdurch bewirkte Schlechterstellung der RÄe gewollt habe.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Das LG Berlin hatte im vergangenen Jahr in mehreren Entscheidungen zu der Frage des Anfalls der Nr. 4142 VV RVG in den Fällen der „früheren Rückgewinnungshilfe“ Stellung genommen und das Entstehen der Gebühr bejaht (vgl. LG Berlin RVGreport 2018, 178 = RVGprofessionell 2018, 80 = StRR 2/2018, 24; s. auch noch LG Berlin, Beschl. v. 26.1.2018 – 537 Qs 26/18 und LG Berlin, Beschl. v. 13.4.2018 – 511 Kls 255 Js 739/14 [11/17]). Das KG hat diese für die Verteidigung gebührenrechtlich wichtige Frage nun im für Verteidiger günstigen Sinn entschieden. Die Begründung des KG überzeugt. Ihr ist nichts hinzuzufügen.

2. Festgesetzt worden ist allerdings zunächst nur ein Vorschuss (§ 47 RVG). In dem Zusammenhang weist das KG darauf hin, dass das LG mit seiner Festsetzung keine konkludente Entscheidung über den Gegenstandswert getroffen habe. Um den wird also im Zweifel bei der endgültigen Festsetzung noch gestritten werden. Denn der Verteidiger hatte den Gegenstandswert in Höhe der Arrestforderung angenommen. Ob das zutreffend ist, erscheint fraglich. Die wohl h.M. in der Rechtsprechung setzt nämlich in den Arrestfällen den Gegenstandswert im Regelfall nur in Höhe von 1/3 des zu sichernden Hauptanspruchs als angemessen fest (vgl. OLG Hamm AGS 2008, 341 = wistra 2008, 160; AGS 2008, 175; OLG Köln, Beschl. v. 10.9.2004 – 2 Ws 370/04 (zur BRAGO); OLG München AGS 2010, 543 = NStZ-RR 2010, 32 [Ls.]; OLG Stuttgart RVGreport 2014, 348 = RVGprofessionell 2014, 188 = NStZ-RR 2014, 360 = StRR 2014, 454; LG Chemnitz AGS 2018, 381; LG Kempten JurBüro 2018, 596; a.A. OLG Frankfurt am Main RVGreport 2017, 420; OLG Rostock RVGreport 2018, 352 = AGS 2018, 334 = JurBüro 2018, 407; s. auch noch BGH RVGreport 2019, 77 = AGS 2018, 558 = RVGprofessionell 2019, 46 = JurBüro 2019, 75).

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Rückwirkung

Überzeugende Begründung

Gegenstandswert

## Impressum

---

### Herausgeber:

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D.  
Rechtsanwalt in Augsburg/Münster

### Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

### Bezugspreis (jährlich):

114 EUR zzgl. MwSt.

### Bestellungen:

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende gegenüber dem Verlag erfolgen.

ISSN 1864-7200



ZAP Verlag GmbH  
Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn  
Tel.: 0228-91911-62 · Fax: 0228-91911-66  
service@zap-verlag.de  
Ansprechpartnerin im Verlag: Bettina Schwabe

### Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

### Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt.

Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die ZAP Verlag GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der ZAP Verlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.